

Globalisierung und Internationalisierung des
Wirtschaftsrechts –
Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung

HEINRICH KOLLER*

* Prof. Dr. Dr. iur. et lic. oec., Direktor Bundesamt für Justiz, Bern/Basel

I. Ausgangspunkt

1. Globalisierung: Schlagwort und Faktum

Mit dem Begriff der «Globalisierung» wird der Umstand umschrieben, dass wir heute mehr und mehr in grenzüberschreitende Geschehnisse und Vorgänge einbezogen und als Individuen – in unterschiedlicher Weise und weniger stark als Unternehmen und Staaten – in ein komplexes, weltumspannendes System wechselseitiger Abhängigkeiten verwickelt sind.¹ Dessen sind wir uns zwar nicht immer bewusst, und vor allem vermögen wir nur selten die Zusammenhänge zu erkennen. Stichworte wie die Erdölkrise, der Fall des Eisernen Vorhangs, der Zusammenbruch der Finanzmärkte in Ostasien, die Kursentwicklung an der New Yorker Börse usw. genügen, um es uns in Erinnerung zu rufen. Die modernen Medien verbreiten solche Neuigkeiten zeitverzugslos in die ganze Welt und lösen entsprechende Reaktionen aus; und die neue Informationstechnologie und das Internet machen die Welt erst recht zum «Global Village».

In erster Linie wird der Begriff der Globalisierung im Zusammenhang mit der weltwirtschaftlichen Verknüpfung verwendet. Man denkt an die Liberalisierung des Welthandels und die weltweite Öffnung der Märkte, die damit verbundene Zunahme der grenzüberschreitenden Wirtschaftsaktivitäten, den kontinuierlichen Anstieg des internationalen Austausches von Gütern und Dienstleistungen, das Anwachsen der Auslandsinvestitionen, die Entstehung weltweit tätiger Unternehmen, und als Folge davon: gestiegene Mobilität der wirtschaftlichen Produktionsfaktoren, erhöhter Wettbewerbs- und Anpassungsdruck, Abbau nationaler Schranken und Zwang zur internationalen Zusammenarbeit u. ä. Zurückzuführen sind der rasante Anstieg der internationalen Austauschbeziehungen und die erhöhte Dynamik vor allem auf den wissenschaftlich-technischen Fortschritt im Transport- und Telekommunikationssektor. Doch neu ist der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr nicht. Eine terminologische Differenzierung drängt sich auf.

Die Intensivierung der internationalen Beziehungen allein macht die Globalisierung nicht aus. Deshalb spricht etwa FRANZ XAVER KAUFMANN² von (blosser) «Internationalisierung», wenn wirtschaftliche und andere Beziehungen zwar die nationalstaatlichen Grenzen überschreiten und damit deren

1 Vgl. dazu DIRK MESSNER und FRANZ NUSCHELER, Globale Trends, Globalisierung und Global Governance, in: Ingomar Hauchler u. a. (Hrsg.), Globale Trends 1998, Fakten-Analysen-Prognosen, Frankfurt a. M. 1997, S. 27 ff.

2 FRANZ XAVER KAUFMANN, Globalisierung und Christentum, in: P. Hünermann (Hrsg.), Das II. Vatikanum. Christlicher Glaube im Horizont globaler Modernisierung, Paderborn u. a. m., S. 21.

Durchlässigkeit erhöhen, ohne diese aber selbst in Frage zu stellen. Das ist der Fall bei den meisten bilateralen und multilateralen Abkommen zwischen Staaten, so bei Investitionsschutzabkommen, Doppelbesteuerungsabkommen, Zollabkommen oder Abkommen im Bereich der Niederlassung, der Sozialversicherung, des Kulturaustausches oder der polizeilichen Zusammenarbeit. Von «Transnationalisierung» (Supranationalisierung) ist die Rede, wenn die Prozesse darauf hinauslaufen, ökonomische und politische Aufgaben, die bisher national wahrgenommen wurden, zur wirksameren Erfüllung staatenübergreifenden Handlungseinheiten zu übertragen. Das ist typischerweise der Fall bei der Gründung von supranationalen Organisationen (wie der NATO oder der EU), gilt aber auch für die Aktivitäten von transnationalen Unternehmen. «Multinationalisierung» schliesslich liegt nach der Terminologie KAUFMANN'S vor, wenn sich Gruppierungen und Vereinigungen, Organisationen und Unternehmen, Institutionen und Systeme in einem anderen nationalen Umfeld etablieren und entfalten, mitsamt den damit zwangsläufig verbundenen Rück- und Wechselwirkungen.

Die Globalisierung unterscheidet sich von diesen Phänomenen nun sowohl in Bezug auf die Konzepte und die hauptsächlichen Akteure als auch in Bezug auf das Ausmass und auf die Konsequenzen für Wirtschaft, Gesellschaft und Staat. Zentraler Orientierungspunkt der Globalisierung sind nicht mehr die Einzelstaaten, sondern die Welt als Einheit. Die Ströme von Gütern, Dienstleistungen, Kapital, Arbeit und Wissen verlaufen häufig nicht mehr entlang staatlicher Bahnen, sondern quer dazu. Damit einher geht eine gewisse Handlungsnot des nach wie vor national organisierten Staates, weil nicht immer klar ist, wie der (weit gehend) durch nationale Rechtsetzung operierende Gesetzgeber und die dieses Recht anwendenden Behörden auf die mehrere oder sogar alle Staaten betreffenden Ereignisse, Entwicklungen und Strukturen antworten sollen. Nicht umsonst spricht JÜRGEN HABERMAS von der «schleichenden Entmachtung der Einzelstaaten durch die Globalisierung der Gesellschaft»³.

Allen genannten Perspektiven (von der Internationalisierung über die Transnationalisierung bis hin zur Globalisierung gesellschaftlicher Prozesse) ist gemeinsam, dass die auf die eigene nationale Gemeinschaft fokussierende Betrachtungsweise in irgendeiner Weise überwunden wird und eine Art «Entgrenzung» stattfindet. Weder die Wahrnehmung von solchen Ereignissen und Strukturen noch das wirtschaftliche Handeln, weder die Festlegung verpflichtender Werte noch die tatsächliche oder rechtliche Reaktion bei deren Verletzung ist heute noch auf das Gebiet eines Staates beschränkt. Und dennoch ru-

3 Vgl. JÜRGEN HABERMAS, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: DERS., Die postnationale Konstellation. Politische Essays, Frankfurt a. M. 1998, S. 91 ff. (105).

fen praktisch alle diese grenzüberschreitenden Geschehnisse früher oder später nach rechtlicher Regelung des damit verknüpften Kooperations- und Konfliktlösungsbedarfs, so dass es dabei nicht zuletzt auch um ein rechtliches Phänomen geht.

All dies brauche ich hier nicht weiter auszuführen. Gegenstand der nachfolgenden Betrachtungen sind die Auswirkungen der Globalisierung auf das Recht bzw. die nationale Gesetzgebung. Dabei werde ich der Einfachheit halber von der «Internationalisierung» des Wirtschaftsrechts und seinen Auswirkungen auf Gesetzgebung und Gesetzgeber reden. Tatsache ist, dass die nationale Gesetzgebung angesichts der internationalen Verflechtung an Autonomie eingebüsst hat und in vielen Bereichen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens direkt oder indirekt durch das internationale Umfeld beeinflusst oder gar determiniert wird. Wer weltweit konkurrenzfähig bleiben will, hat sich dieser Herausforderung zu stellen.

2. Kontroverse politische Beurteilung

Die Vielschichtigkeit und die diffuse Wahrnehmung des Phänomens führen dazu, dass die Auswirkungen der Globalisierung auf Gesellschaft und Staat häufig überzeichnet werden. Die Globalisierung wird deshalb von der Öffentlichkeit für viele Missstände verantwortlich gemacht: Verlagerung der Produktion in Billiglohnländer sowie weltweite Zusammenschlüsse von Unternehmen (deshalb Arbeitsplatzabbau und Arbeitslosigkeit), Raubbau und Übernutzung natürlicher Ressourcen (deshalb Zunahme ökologischer Katastrophen), Ausnützen niederer ökologischer und sozialer Standards (deshalb Demontage des Sozialstaates und des Umweltschutzes), Abbau des Konsumentenschutzes, Ansteigen (international organisierter) Wirtschaftskriminalität u. s. w.

Ebenso verbreitet ist die Auffassung, die Globalisierung führe zum Absterben oder doch zur empfindlichen Schwächung des nationalen Staates und letztlich zum kontinuierlichen Abbau von staatlichen Regulierungen. Das wird von den Apologeten der wirtschaftlichen Globalisierung teilweise lautstark gefordert. Sie werfen dem Staat Ineffizienz, Überregulierung, Schwerfälligkeit und ein zu hohes Sozial- und Fiskalniveau vor. Die Gegenseite wiederum setzt – ebenso trügerisch – Globalisierung mit Neoliberalismus gleich und erkennt dabei, dass die Väter des «Neoliberalismus» (Eucken, Röpke, Rüstow, von Hayek, Erhard u. a.) zum Schutz der individuellen Freiheit und der liberalen Wirtschaftsordnung einen starken Staat forderten; einen Staat, der eine soziale Verantwortung wahrzunehmen hat und dem das Wohl und der Zusammenhalt der Menschen ein Anliegen ist.⁴

4 Vgl. GERHARD SCHWARZ, Die Mär vom «Neoliberalismus», NZZ, 11.4.1998.

Die Fakten sprechen eine andere Sprache.⁵ Es scheint heute in der Ökonomie einigermassen gesichert, dass Arbeitslosigkeit weniger mit der Öffnung der Märkte zu tun hat als mit mangelnder Anpassungsfähigkeit der Wirtschaft an strukturelle Veränderungen; mehr auch mit technologischem Wandel und anderen Faktoren, die das Investitions- und Konsumklima bestimmen, als mit der Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen. Es scheint auch, dass die Abwanderung und Verlagerung ins Ausland eher der Erschliessung neuer Absatzmärkte dient und nicht in erster Linie erfolgt, um Arbeitskosten zu sparen oder ein tieferes Schutzniveau zu finden.

Tatsache ist auch, dass ein *retreat of the state* nicht auszumachen ist. Die Staatsquoten der meisten Länder sind mit zunehmender Globalisierung gestiegen. Die wirtschaftliche Öffnung ist zudem häufig mit zusätzlicher sozialer Absicherung vor den erwarteten wirtschaftlichen Risiken verbunden (wie die sog. «flankierenden Massnahmen» der Schweiz zu den bilateralen Verträgen mit der EU zeigen). Wie darzulegen sein wird, hat die Globalisierung auch nicht zu einem Abbau staatlicher Regulierung geführt, im Gegenteil. Wer die Konsumenten und die Umwelt vor den Gefahren gentechnisch veränderter Lebensmittel schützen will, wer die Finanz- und Telekommunikationsmärkte liberalisieren will oder wer die Grundsätze der WTO umsetzen will, der muss gesetzgeberisch aktiv werden.

3. Unsichere Handlungsperspektiven

Ebenso kontrovers wie die Beurteilung der Ursachen und Wirkungen der wirtschaftlichen Globalisierung fallen die Meinungen der Fachleute aus zu den längerfristigen Auswirkungen für den Staat, insbesondere was die möglichen Entwicklungstendenzen und die gebotenen Handlungsstrategien anbelangt.

Ziemlich einmütig wird von Verlust an staatlicher Steuerungsfähigkeit gesprochen, von der schwierigen «Sandwich-Position» des Nationalstaates («für die globalen Herausforderungen der Zukunft . . . Bevölkerungsentwicklung, Umweltbedrohung, Massenarmut, Sicherheit usw. . . ist er zu klein, für konkrete Massnahmen hingegen ist er zu gross»), in einzelnen Fällen ist gar von der Überwindung, ja vom Überflüssigwerden des Nationalstaates die Rede.⁶

5 Vgl. THOMAS BERNAUER, Staaten im Weltmarkt. Zur Handlungsfähigkeit von Staaten im Zeitalter wirtschaftlicher Globalisierung, Opladen 2000, passim.

6 Vgl. THOMAS STRAUBHAAR, Wird der Nationalstaat im 21. Jahrhundert überflüssig? «Globalisierung» als Resultat von Globalisierung und lokaler Standortattraktivität, NZZ, 31.12.1999, S. 79.

Während die Einen die Lösung in der Schaffung eines «Weltrechtes» sehen, also eines globalen oder doch internationalen Rechts der Sicherheits-, Umwelt-, Wirtschafts- und Sozialpolitik, mit entsprechenden Regeln und Mechanismen der Konfliktregelung⁷, betrachten Andere die Abtretung der einschlägigen, bislang nationalen Zuständigkeiten an internationale oder supranationale Organisationen (wie z. B. die WTO oder die EU) als *die* politische Antwort auf die Globalisierung der Wirtschaft. Wiederum andere vertrauen auf die Verstärkung der hoheitlichen Zusammenarbeit zwischen den Staaten oder legen das Schwergewicht auf die Stärkung der lokalen Autonomie, welche es den Agglomerationen ermöglichen soll, im Wettbewerb um attraktive Standortbedingungen zu bestehen.⁸

Ich vertrete hier eine pragmatische Mittellösung und stehe – ganz im Sinne des eigentlichen Neoliberalismus – ein für einen starken Staat; für einen Staat jedoch, der sich trotz ausgeprägter sozialer Verantwortung zu bescheiden weiss. Denn wenn der Staat und die politisch Verantwortlichen die «mobilen» Produktionsfaktoren, Wissen und Kapital, Menschen und Unternehmungen, halten oder anziehen wollen, um im Wettbewerb um Standortvorteile und Direktinvestitionen bestehen zu können, dann müssen sie alle mobilitätshemmenden Faktoren (Sonderlösungen, Diskriminierungen, Protektionismus und andere Hemmnisse) beseitigen – und auch mit den öffentlichen Mitteln massvoll umgehen. Das zwingt zur Selbstdisziplin und dient damit letztlich nicht nur der dauernden Optimierung des Mitteleinsatzes (mithin der Effizienzsteigerung), sondern auch der Machtbeschränkung (ein ureigentliches Anliegen des liberalen Rechtsstaates). Zugleich bedarf dieser Wettbewerb jedoch auch der sozialen Absicherung. Für einen sozialen Rechtsstaat sind Standards für eine Mindestsicherung unausweichlich, denn der Staat schöpft heute seine Legitimation und Legitimität so wenig wie früher allein aus der Effektivität und Effizienz seines Handelns.

7 Ansätze dazu gibt es. Man denke an die Versuche zur Lösung internationaler Konflikte (z. B. im Golfkrieg) oder die institutionalisierte strafrechtliche Bewältigung aussergewöhnlicher Situationen und offensichtlicher Verletzungen der Menschenrechte (wie z. B. in Ruanda oder Ex-Jugoslawien). Auch die Bemühungen um die Schaffung eines ständigen internationalen Gerichtshof seien erwähnt.

8 Vgl. dazu STRAUBHAAR, Nationalstaat (Fn. 6), der allerdings fälschlicherweise den Eindruck vermittelt, autonome Agglomerationen könnten die Territorialität des (National-)Staates überwinden. Eine demokratisch legitimierte politische Handlungseinheit, nenne man sie nun Agglomeration, Region oder Nation, wird immer ihre Grenzen (auch in ihrer Autonomie) haben müssen, wenn das «autonome» Recht nicht in Willkür ausarten soll. Immerhin bestärkt einen der Autor in der Auffassung, dass die Schweiz dank ihres dezentralen, föderalistischen Aufbaus und ausgeprägter Gemeindeautonomie für das Zeitalter der Globalisierung so schlecht gar nicht gerüstet ist.

II. Auswirkungen auf Staat und Recht im Allgemeinen

1. Unverzichtbare Aufgaben von Staat und Recht

Das Recht steht im Ruf, nicht besonders innovationsfördernd zu sein und – anstatt die Prozesse zu steuern – auf gesellschaftliche Veränderungen mit Verspätung zu reagieren. Es gilt als Garant für Regelmäßigkeit und Vorhersagbarkeit, mithin Rechtssicherheit, wird von den Privaten jedoch eher als «handlungsbeschränkend» wahrgenommen denn als «handlungsermöglichend», was es – vor allem für die staatlichen Organe – gleichermassen ist. Der Staat setzt zwar mit seiner Rechtsetzung vielerlei Grenzen, zerstört dadurch jedoch nicht die Freiheit der Individuen, sondern ermöglicht sie erst, indem er einen Rahmen zu ihrer Ausübung zur Verfügung stellt. «Recht setzt Grenzen um der Freiheit willen» so hat es ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE kürzlich ausgedrückt.⁹ Das (viele) Recht will deshalb nicht nur Rechtssicherheit verbürgen und Gleichbehandlung garantieren (Willkür verunmöglichen), sondern Freiheitsspielräume wahren und zweckmässige sowie sozial akzeptierte Lösungen anbieten, und all dies um einer gerechten Ordnung willen, zur Herstellung und Sicherung des gesellschaftlichen Friedens.

Die Schaffung offener und diskriminierungsfreier transnationaler, kontinentaler und globaler Wirtschaftsräume drängt naturgemäss zunächst auf die Erfüllung der Freiheitsermöglichung, wobei die vier wirtschaftlichen «Grundfreiheiten» (Freizügigkeit von Gütern, Dienstleistungen, Kapital, Personen) im Vordergrund stehen. In dem Masse, indem diese Wirtschaftsräume zu Rechtsräumen werden und das Regulierungsgefüge für den Einzelnen konkret spürbar wird, genügt dies nicht mehr. Die Erfüllung der Funktion des Rechts als gerechtigkeitsbezogener «Konflikts- und Friedensordnung» setzt ein Instrumentarium zur Sicherstellung der einheitlichen Auslegung und Anwendung sowie der zwangsweisen Durchsetzung der gemeinsamen Normen voraus. Das Regulierungsgefüge bedarf zudem der umfassenden Legitimation (sowohl in Bezug auf die demokratische Abstützung als auch in Bezug auf die Gewährleistung sozialer Sicherheit). Das EWR-Abkommen beispielsweise hat solchen Ansprüchen genügt.¹⁰ Die entstehende Weltrechtsordnung (so man überhaupt eine solche erkennen kann) ist weit davon entfernt. Insofern wird der Staat so rasch also nicht entbehrlich.

9 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Staat, Nation, Europa, Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt a. M. 1999, S. 233.

10 Vgl. HEINRICH KOLLER, Die Umsetzung des EWR-Abkommens in das schweizerische Recht: Grundsätze und Methoden, in: O. Jacot-Guillarmod (Hrsg.), Accord EEE, Commentaires et réflexions, Zürich/Bern 1992, S. 820 ff.

Es lag mir sehr daran, dies hier aus staatsrechtlicher Sicht noch einmal zu betonen. Das Recht darf auch im Bereich der Wirtschaft nicht nur instrumental verstanden werden, sozusagen als Rahmenordnung für das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte (Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit). Es hat eigene autonome Werte einzubringen (Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Freiheit etwa), insbesondere aber hat es wesensgemäss einen Beitrag zu leisten an eine gerechte Wirtschafts- und Sozialordnung (Gesichtspunkt der Gerechtigkeit). Es gilt deshalb Vereinfachungen entgegenzutreten. Die Bindung des staatlichen Handelns an Gesetz und Recht (Legalitätsprinzip) will nicht den rationalen Einsatz der Mittel (Effizienz) oder gesellschaftliche Weiterentwicklung (Innovation) verhindern, sondern Schutz vor staatlicher Willkür gewährleisten, Missbräuche und Machtballungen verhindern, kurz: Rechtsstaatlichkeit und Demokratie bewahren, also unverzichtbare Errungenschaften moderner Staatlichkeit.

Ein Dilemma allerdings bleibt im Verhältnis Staat, Recht und Wirtschaft bestehen. Während die Wirtschaft an Freiraum erheblich zugelegt hat, in dem Sinne nämlich, dass die räumlichen und zeitlichen Grenzen ihres Wirkungsfeldes in den letzten zehn bis zwanzig Jahren dank neuen Technologien weit ausgedehnt worden sind, bleibt der Staat mit seinem Recht grundsätzlich territorial begrenzt. Autonome Anpassung an die internationale Rechtslage, optimale Nutzung der völkerrechtlichen Instrumente und intensivere Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden bieten sich hier als Ausweg an.

2. Wachsende Bedeutung des internationalen Rechts

Der Bundesrat hat in den letzten Jahren wiederholt die eminente Bedeutung des internationalen Rechts für die Aussenpolitik unseres Landes betont und auf die Konsequenzen für unsere Rechtsordnung hingewiesen.¹¹ Internationale Verträge sind für einen auf das Ausland angewiesenen Kleinstaat wie die Schweiz von existentieller Bedeutung, weshalb sich die Schweiz immer wieder für die Beachtung und Weiterentwicklung des Völkerrechtes stark gemacht hat. Niemand hat ein grösseres Interesse an völkerrechtlichen Abmachungen und an der Beachtung des Grundsatzes der Vertragstreue als ein kleiner, unabhängiger, wirtschaftlich integrierter, letztlich aber in seiner Macht beschränkter Staat.

Die schweizerische Rechtsordnung ist zu allen Zeiten von der Entwicklung des ausländischen und internationalen Rechts stark geprägt worden. Die

11 Vgl. MATHIAS-CHARLES KRAFFT, Quelques observations sur l'attitude de la Suisse à l'égard du droit international, in: Mélanges Grossen, Neuchâtel 1992, 429 ff. Vgl. auch die Berichte über die Aussenpolitik der Schweiz und die Integrationsberichte von 1993 und 1999.

Einführung internationalen Rechts, insbesondere von völkerrechtlichen Verträgen, in das Landesrecht gehört deshalb sozusagen zu den Daueraufgaben des Gesetzgebers und sollte eigentlich keine grundsätzlich neuen Fragen aufwerfen. Mit der Neuregelung des Staatsvertragsreferendums im Jahre 1977 schien auch die Mitsprache des Volkes beim Abschluss rechtsetzender internationaler Abkommen eine gültige Form gefunden zu haben.

3. Neue Tendenzen

Wenn heute die Annäherung an Europa (EWR-Mitgliedschaft, Bilaterale Abkommen, Beitritt zur EU) oder die Mitgliedschaft bei der WTO und anderen internationalen Organisationen (UNO z. B.) dennoch mehr Probleme bietet als die Umsetzung «normaler» internationaler Verträge und deshalb im Rahmen der Verfassungsrevision auch eine Reform der einschlägigen Volksrechte vorgeschlagen wurde¹², dann liegt dies nicht nur an der grossen politischen Tragweite dieser Geschäfte oder an der *Quantität*, also der grossen Masse des zu übernehmenden Rechts (beim EWR rund 1000 Seiten Abkommenstexte und rund 15 000 Seiten EG-Rechtserlasse, beim GATT/WTO gegen 30 bedeutsame Abkommen und bei den Bilateralen Verträgen mit der EU 7 Abkommen, ebenfalls von weitreichender Bedeutung) sowie der daraus resultierenden Anschlussgesetzgebung, sondern auch an *qualitativen Faktoren*.¹³ Man denke etwa an die hybride Natur des EWR-Abkommens (Völkerrechtsvertrag mit gemeinschaftsrechtlichem Hintergrund) oder an die Besonderheiten des dabei zu übernehmenden und sich weiterentwickelnden «Acquis communautaire», an die vertraglichen Mischformen des GATT bzw. der WTO (völkervertragliche multilaterale Rechtsvereinheitlichung zwecks Liberalisierung des Welthandels und Schaffung der WTO als gemeinsames institutionelles Dach) oder an den unterschiedlichen Charakter der 7 bilateralen (sektoriellen) Abkommen zwischen der Schweiz und der EG.¹⁴ Zu nennen ist ferner die ausserordentliche *Breite und Vielfalt* der von allen genannten Abkommen erfassten Sach- und Politikbereiche; nicht nur ein einzelnes Sachgebiet wird anvisiert, sondern mehrere Sektoren, viele Bereiche und ganze Programme (z. B. Schaffung eines einheitlichen und homogenen europäischen

12 Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Reform der Bundesverfassung vom 20. November 1996, S. 437, 440, 442 und insbesondere 470 ff.

13 Vgl. dazu HEINRICH KOLLER, Der schweizerische Gesetzgeber vor der internationalen Herausforderung: Erfahrungen mit «EUROLEX», «SWISSLEX», «GATTLEX», in ZBl 6/1994, S. 241 ff.

14 Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, S. 6 (dort Fn. 1).

Binnenmarktes als Ziel des EWR, marktwirtschaftliche Erneuerung als Ziel des Folgeprogramms SWISSLEX, liberale Ausgestaltung der Welthandelsordnung als Ziel der WTO, Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit in zentralen Bereichen der Wirtschaft im Verhältnis zur EU als Ziel der bilateralen Abkommen). Ein qualitativer Unterschied dieser Abkommen ist im Vergleich zu üblichen Staatsverträgen auch darin zu erblicken, dass jeweils alle staatlichen Ebenen (Bund, Kantone, Gemeinden), wenn auch unterschiedlich stark, davon betroffen sind und bei der Umsetzung und Verwirklichung ihren Teil beizutragen haben.

4. Trend zur Europäisierung und Amerikanisierung des Rechts

Die in eigentlichen «Schüben» voranschreitende Internationalisierung des nationalen Wirtschaftsrechts wirft auch deshalb Fragen auf, weil bei den genannten Entwicklungen vorgeformte und ausdifferenzierte Rechtssysteme aufeinander treffen (nationale Rechtsordnung einerseits, UNO, WTO, OECD, EU, EFTA, EWR andererseits), deren Verhältnis (anders etwa als bei einer Mitgliedschaft in der EU) nicht a priori feststeht. Und dennoch dürfen diese Unterschiede – insbesondere zur EU – nicht überbetont werden. Die europäischen Rechtsordnungen haben eine gemeinsame Tradition und sind einander in vielerlei Hinsicht wesens- und werteverwandt. Zudem schreitet die Rechtsangleichung kontinuierlich voran. Im Bereich der Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung setzt die *Europäische Union* (EU) die Massstäbe, und darauf richten sich in Europa zwangsläufig auch die Nicht-Mitgliedstaaten aus. Einen wesentlichen Beitrag an diese Entwicklung leistet auch der *Europarat* mit heute mehr als vierzig Mitgliedstaaten. In seinem Rahmen sind zahlreiche Übereinkommen entstanden, welche eine europaweite Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Rechts anstreben. Es genügt die multilateralen Rechtshilfeübereinkommen zu nennen oder die Europäische Menschenrechtskonvention, die nun auch der EU als Vorlage für einen Grundrechtskatalog einer möglichen Unions-Verfassung zu dienen scheint. Sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg als auch der Europäische Gerichtshof in Luxemburg tragen zentral zu dieser Vereinheitlichung und Verfestigung der jeweiligen Rechtsordnung bei. Der *Trend zu einem «gemeineuropäischen Recht» ist unverkennbar.*

Die Rechtsangleichung und die Rechtsharmonisierung beschränkt sich jedoch nicht auf den europäischen Raum. Wertvolle Impulse, namentlich im Bereich des internationalen Privatrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, gehen von der *Haager Konferenz für internationales Privatrecht* aus (mit weltweit gegen fünfzig Mitgliedstaaten), deren Aufgabe es ist, an der «fortschreitenden Vereinheitlichung der Regeln des internationalen Privat-

rechts zu arbeiten»¹⁵. Die neuesten Bestrebungen, das Brüsseler- bzw. das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen¹⁶ durch eine auch die Staaten von Nord- und Südamerika sowie Japan und andere wichtige Handelspartner einbeziehende Haager Konvention «abzulösen», zeugen von der Lebendigkeit dieser Institution. Zu nennen ist aber auch die *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), eine seit 1966 bestehende Spezialkommission, die sich die *promotion of the progressive harmonization and unification of the law of international trade* zum Ziel gesetzt hat und an deren Arbeiten sich die Schweiz ebenso intensiv beteiligt wie an der Haager Konferenz. Auch die UNCITRAL leistet seit ihrem Bestehen entscheidende Schrittmacherdienste. Es genügt in diesem Zusammenhang z. B. an das «Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit» aus dem Jahre 1985 und das «New Yorker Übereinkommen» (über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche) von 1958 oder an das «Wiener Kaufrecht» (Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf) zu erinnern.¹⁷ In besonders intensiver Weise nimmt sich die UNCITRAL derzeit der Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs an.

In die Reihe der Instanzen und Organisationen, die sich der Rechtsvereinheitlichung widmen oder diese gar entscheidend vorantreiben, sind natürlich auch Institute wie das *Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts* in Rom (UNIDROIT)¹⁸ zu stellen, ganz besonders aber einzelne *Spezialorganisationen der UNO* wie etwa die Weltorganisation für geistiges Eigentum (OMPI) oder die Internationale Arbeitsorganisation (OIT) und speziell die Welthandelsorganisation (WTO/GATT)¹⁹. Die nationale und europäische Wirtschaftsordnung steht deshalb seit langem nicht mehr allein für sich da. Sie stützt sich ab auf und fügt sich ein in ein weltweites System völkerrechtlicher Ordnungsverträge (wie etwa das GATS oder das IMF-Abkommen), welche die Freiheits-, Gleichheits- und Rechtsschutzgarantien grenzüberschreitend weiterentwickeln, so dass mit Fug nicht nur von einer «Europäisierung», sondern von einer «*Internationalisierung*» des Rechts gesprochen werden kann.²⁰

15 Statut der Haager Konferenz für internationales Privatrecht vom 31.10.1951 (SR 0.201), Art. 1. Die Konferenz hat bis heute rund 40 Konventionen erarbeitet, von denen die Schweiz viele ratifiziert hat.

16 Vgl. für Letzteres SR 0.275.11.

17 Vgl. SR 0.277.12 und SR 0.221.211.1.

18 Vgl. SR 0.202.

19 Vgl. die Hinweise unter SR 0.192.012.

20 Vgl. dazu ERNST-ULRICH PETERSMANN, Thesen zur Wirtschaftsverfassung der EG, EuWZ 19/1993, S. 593 ff.

Richtet man den Blick auf die Akteure und Wegbereiter der modernen Entwicklung springt die überragende Bedeutung der wirtschaftlichen und politischen Machtzentren (insbesondere USA und EU) ins Auge. Im Bereich des europäischen Privat-, Handels- und Wirtschaftsrechts bestimmt – wie könnte es anders sein – vor allem die EU Tempo und Richtung der Entwicklung. Sie treibt die Rechtsvereinheitlichung zwar vorab im Rahmen der Gemeinschaft voran, doch sind davon in zunehmendem Masse auch die europäischen Dritt- und potentiellen Mitgliedstaaten betroffen, die (wie die Schweiz) Europa-tauglichkeit anstreben. Offenkundig ist dies etwa bei den Anpassungen, die die Schweizerische Eidgenossenschaft im Hinblick auf die Mitgliedschaft beim EWR (EUROLEX) vornehmen musste, dann aber im Rahmen des autonomen Nachvollzugs (SWISSLEX) freiwillig vorgenommen hat. Als Beispiele seien das Konsumkreditgesetz, das Pauschalreisegesetz und das Produkthaftungsgesetz genannt.²¹ Weniger offensichtlich, aber deutlich spürbar ist der zunehmende Einfluss dieses (bei weitem nicht immer homogenen) Machtblockes im Europarat, wo wesensgemäss weit über das Privatrecht hinaus in die Bereiche des Staats- und Verwaltungsrechts sowie des Strafrechts vorgedrungen wird. Beispielhaft seien erwähnt die Menschenrechtskonvention, die Sozialcharta sowie die Konventionen über die nationalen Minderheiten, die lokale Autonomie, die Bioethik, die Folterverhütung, die Korruptionsbekämpfung u. a. m. Die Schweiz trägt diese – häufig von gemeinsamen Wertvorstellungen geprägte – Entwicklung wesentlich mit, ohne dabei an Autonomie einzubüssen. Sie hat aus innenpolitischen Gründen bewusst auf die Ratifizierung einzelner Konventionen des Europarates verzichtet (z. B. die Sozialcharta).

Schwerer tun wir uns mit der sog. *Amerikanisierung der Rechtsordnung*. Sie ist im Bereich des Wirtschaftsrechtes besonders augenfällig. WIEGAND illustriert dies am Beispiel des neuen schweizerischen Börsen- und Effektenhandelsgesetzes (BEHG), das «in seiner Konzeption durch amerikanische Kapitalmarktvorstellungen geprägt ist und eine Fülle von Institutionen und rechtlichen Begriffen verwendet, die unmittelbar aus dem amerikanischen Recht stammen»²². Ähnliche Beispiele lassen sich aus dem Strafrecht nennen (Insider-Strafbestand, Geldwäscherei), und auch im Gesellschaftsrecht sind solche Einflüsse unverkennbar (z. B. im Entwurf zum neuen Rechnungslegungsrecht mit der Massgeblichkeit der *International Accounting Standards* und des Prinzips der *true and fair view*). Das ist an sich nicht weiter störend, weil letztlich der Sache dienlich. Empfindlicher reagiert die westeuropäische

21 Vgl. WOLFGANG WIEGAND, Europäisierung, Globalisierung und Amerikanisierung des Rechts – Tendenzen moderner Rechtsentwicklung, in: UNI PRESS, Bern 10/98, Nr. 98, S. 4 ff.

22 WIEGAND (Fn. 21), S. 5.

Rechtswelt auf die uns eher fremden Methoden der Konfliktregelung und Machtausübung im Verfahren, und zwar sowohl im Strafbereich (z. B. Beugehaft, *plea bargaining*, Kronzeugenregelung) als auch im Zivilbereich (z. B. Erfolgshonorar der Anwälte, Jury im Zivilprozess, *punitive damages*, *class actions*), obwohl sie sich diesen Einflüssen kaum entziehen kann.²³ Zu beachten ist schliesslich, dass die Grossmacht USA ihre Vorstellungen von Macht und Recht natürlich auch in den internationalen Organisationen durchzusetzen oder doch einzubringen vermag. So sind etwa das «Wiener Kaufrecht» und das «Model Law on International Credit Transfers» sowie das sehr bedeutsame «Model Law on International Arbitration», die alle im Schosse der UN-CITRAL erarbeitet worden sind, in ganz starkem Masse von amerikanischen Leitbildern beeinflusst worden.²⁴ Neueren Datums sind die unverkennbaren Einflüsse im Bereich der Informationstechnologie, der Regulierung der Finanzmärkte und der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (Korruption, Steuerflucht usw.), hier vor allem im Rahmen der UNO und ganz besonders der OECD. Es scheint in der Tat so, dass die USA auf dem Wege ist, von der strategischen und wirtschaftlichen auch zur rechtlichen Grossmacht zu werden.²⁵

5. Trend zur Multilateralität und zu Paketlösungen

Die schweizerische Wirtschaftsrechtsordnung ist in den vergangenen zehn Jahren in eigentlichen Schüben weiterentwickelt worden. Am Anfang dieses Aufbruchs stand die Einladung der EG an die EFTA zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen Wirtschaftsraums. Niedergeschlagen hat sich dieses Anliegen in einem multilateralen Abkommen (EWR-Abkommen). Derart ambitionöse Vorhaben lassen sich nicht mit bilateralen Übereinkünften und sektoriellen Lösungen verwirklichen. Die «Herstellung eines dynamischen und homogenen Binnenmarktes» – so das deklarierte Ziel des EWR-Abkommens – muss Güter und Dienstleistungen, Kapital und Personen erfassen und bedarf einheitlicher Wettbewerbsbedingungen und gemeinsamer Kontrollmechanismen. Ebenso lässt sich die «Liberalisierung der globalen Handels- und Wirtschaftsbeziehungen» – so das Ziel des Abkommens zur Errichtung einer Welthandelsorganisation (WTO) und des Allgemeinen Zoll- und Handelsab-

23 Vgl. dazu den Beitrag von DETLEV VAGTS, JENS DROLSHAMMER und PETER MURRAY, Mit Prozessieren den Holocaust bewältigen? Die Rolle des Zivilrechts und des Zivilprozesses beim Versuch der Wiedergutmachung internationaler Katastrophen, ZSR 118/1999, 1. Halbband, Heft 5, S. 511 ff.

24 WIEGAND (Fn. 21), S. 5.

25 Vgl. JENS DROLSHAMMER, Internationales Recht aus amerikanischer Sicht – Dissonanzen in der transatlantischen Kommunikation – die USA auf dem Wege zur rechtlichen Grossmacht? Anwaltsrevue 11–12/1999, S. 11.

kommens (GATT) aus dem Jahre 1994²⁶ – nur unter Einbeziehung möglichst aller Staaten und Abbau möglichst vieler Hemmnisse (Zölle, technische Vorschriften, geistiges Eigentum, öffentliches Beschaffungswesen usw.) erreichen. Die Dynamik, Komplexität und Interdependenz der weltweiten wirtschaftlichen Beziehungen lassen etwas anderes gar nicht mehr zu. Gefragt sind umfassende multilaterale Lösungen.

Der Trend zu umfassenden (multilateralen) Lösungen und bereichsübergreifenden Gesamtpaketen färbt auch ab auf die bilateralen Handels- und Wirtschaftsbeziehungen. Das ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass immer mehr Staaten in integrierte Wirtschaftsräume und -blöcke eingebunden sind. Das «Global Village» ist tatsächlich in vielerlei Hinsicht zum transparenten «Marktplatz» geworden, auf dem Grundsätze wie die Nichtdiskriminierung, die Gleichbehandlung oder die Meistbegünstigung nicht mehr ungestraft verletzt werden können. Bilaterale Sonderlösungen müssen mit Entgegenkommen in anderen Bereichen «erkauft» werden, soweit sie mit der Weltwirtschaftsordnung und der den einzelnen Staaten verbliebenen Vertragsabschlusskompetenz überhaupt noch vereinbar sind. Im Rahmen der bilateralen Verhandlungen der Schweiz mit der EU hat diese (nicht zuletzt auf Drängen einzelner Mitgliedstaaten) von allem Anfang an auf der Ausgewogenheit der Ergebnisse nicht nur innerhalb der einzelnen Dossiers (Verkehr, Handelshemmnisse, Beschaffungswesen usw.), sondern auch auf einem Ausgleich der Interessen im Rahmen des Gesamtpaketes bestanden. Wie beim GATT bilden deshalb die Abkommen eine Einheit und müssen von der Schweiz in ihrer Gesamtheit akzeptiert werden.

Diese Abkommensbündel haben den Charakter breitangelegter politischer Programme und betreffen dementsprechend auch eine Vielzahl nationaler Gesetzgebungsbereiche. Was dies für den nationalen Gesetzgeber bedeutet, ist noch nicht in allen Punkten geklärt und Gegenstand der Diskussion über die Reform der Volksrechte. Die momentane Antwort auf diese neuartigen Anforderungen ist die Bildung von «Gesetzgebungspaketen», weil das Bedürfnis nach Koordination und Kohärenz der Normierung natürlich nicht nur bei den Verhandlungen, sondern auch bei der Umsetzung in das Landesrecht gegeben ist.

Bei der Vorbereitung des EWR-Beitritts wurden die notwendigen Gesetzesanpassungen im EUROLEX-Paket zusammengefasst, bei der «autonomen» Anpassung der schweizerischen Rechtsordnung an die Gegebenheiten des europäischen Umfeldes nach Ablehnung der EWR-Vorlage im SWISS-LEX-Paket, bei der erforderlichen landesrechtlichen Anpassungen an die Ergebnisse der Uruguay-Runde des GATT im GATTLEX-Paket.²⁷ Eine Paket-

26 SR 0.632.20.

27 Vgl. dazu KOLLER, Erfahrungen (Fn. 13), S. 246 ff.

bildung – wiederum unter etwas anderen Voraussetzungen – haben Bundesrat und Parlament für die Genehmigung der (bilateralen) sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vorgesehen. In der Botschaft werden nicht nur die sieben Verträge zur Genehmigung *en bloc* vorgeschlagen (das Inkrafttreten jedes einzelnen Abkommens wird im Vertragswerk von der Ratifikation aller sieben Abkommen abhängig gemacht), sondern – zu Paketen gebündelt – werden auch die landesrechtlichen Massnahmen auf Gesetzesstufe. Es sind dies die notwendigen Gesetzesanpassungen in der Landwirtschaft, im Landverkehr und im Personenverkehr (insgesamt 15 Gesetze), zwei Kreditbeschlüsse sowie die sog. «flankierenden Begleitmassnahmen» zur Bewältigung möglicher Auswirkungen der sieben Abkommen (in 3 Gesetzesbereichen).²⁸ Gegen die bilateralen Verträge haben verschiedene Gruppierungen das Referendum ergriffen, weshalb über diese am 21. Mai abgestimmt wurde.

6. Verlagerung der Innovation auf die internationale Ebene

THOMAS COTTIER hat in einem aufschlussreichen Artikel über die Globalisierung des Rechts «eine zunehmende Verlagerung der kreativen, innovativen Rechtsentwicklung auf die internationale Ebene» festgestellt.²⁹ In der Tat ist in den vergangenen Jahrzehnten der Anstoss zu neuen Entwicklungen – nicht nur im Bereich des Wirtschaftsrechts – häufig vom Ausland ausgegangen (wie nachfolgend zu zeigen sein wird). Das ist zum einen darauf zurückzuführen, dass gewisse Probleme in anderen Staaten (den USA z. B.) sich rascher akzentuiert und eine Normierung gefunden haben oder von dort in die internationalen Gremien hineingetragen worden sind; zum andern mag mitspielen, dass unsere exportorientierte, auf die internationalen Märkte ausgerichtete und dort konkurrenzfähige Wirtschaft dem Wettbewerb um Standortvorteile und Direktinvestitionen länger hat standhalten können. Tatsache ist, dass heute die grundsätzlichen Rahmenbedingungen vielfach im Schosse internationaler und supranationaler Organisationen gesetzt werden. Das nationale Recht wird deshalb inhaltlich zunehmend überlagert und verliert an selbständiger Bedeutung.³⁰ Wer sich international nicht einbringen, mitwirken und vertraglich absichern kann, dem bleibt letztlich nur der Weg des (autono-

28 Vgl. Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999.

29 THOMAS COTTIER, Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 133 (1997), S. 220 ff. (228). – Vgl. auch den lesenswerten Beitrag von THOMAS COTTIER und DANIEL WÜRGER, Auswirkungen der Globalisierung auf das Verfassungsrecht, in: Beat Sitter-Liver (Hrsg.), Herausgeforderte Verfassung. Die Schweiz im globalen Kontext, Freiburg 1999, S. 241 ff.

30 COTTIER, Globalisierung (Fn. 30), S. 220.

men) Nachvollzuges; denn um die stärkere Berücksichtigung des internationalen Umfeldes bei der nationalen Gesetzgebung kommt nicht herum, wer sich integrieren und seine Märkte öffnen will.

III. Auswirkungen auf die Gesetzgebung im Besonderen

1. Rückblick auf die letzten zehn Jahre

Wie stark das internationale Umfeld, insbesondere die Liberalisierung der Weltmärkte und der damit verbundene Wettbewerbs- und Anpassungsdruck sowie der Trend zur stärkeren Integration der Wirtschaftsräume, die schweizerische Gesetzgebung beeinflusst haben, zeigt ein Blick auf die Entwicklung der letzten zehn Jahre. Mit einer Vielzahl von Massnahmen ist versucht worden, die staatlichen Rahmenbedingungen für die Wirtschaft kontinuierlich zu verbessern.

Es wäre reizvoll, diese staatlichen Vorkehren chronologisch, nach den auslösenden Faktoren und den internationalen Einflüssen oder nach bestimmten, das moderne Wirtschaftsrecht kennzeichnenden Merkmalen zu gruppieren. Das würde allerdings den Rahmen dieses Beitrages ebenso sprengen wie der Versuch einer vollständigen Auflistung aller einschlägigen Rechtsänderungen. Ich beschränke mich auf eine Auswahl signifikanter Beispiele und folge dabei – der Einfachheit halber – der Reihenfolge der Systematischen Sammlung des Bundesrechtes (SR).

Als erstes wäre – nicht ohne Stolz – auf die neue gesamt-rechtliche Grundordnung hinzuweisen, nämlich die auf den 1. Januar 2000 in Kraft gesetzte **neue Bundesverfassung**, die für alles, was von Rechts wegen in diesem Staat geschieht, massgebend ist, mithin auch für die Einwirkungen des Staates auf die Wirtschaft. Nicht nur bekennt sich die neue Bundesverfassung mehrfach zu einer offenen und solidarischen Schweiz, nimmt internationales Recht massvoll in sich auf und eröffnet neue Perspektiven der Mitwirkung in der Aussenpolitik³¹; sie zeichnet sich auch aus durch ein klares Bekenntnis zur marktwirtschaftlichen Ordnung.

In der Reihenfolge der SR ist als nächstes auf das BG über die **Koordination und Vereinfachung der Entscheidungsverfahren** zu verweisen (AS 1999 3071). Mit diesem Erlass sind die Verfahren für bodenbezogene Grossprojekte (z. B. Wasserkraftwerke, Nationalstrassen, elektrische Anlagen, Eisenbahnen und Flugplätze) erheblich gestrafft und vereinfacht worden. Nach

31 Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, AJP/PJA 6/99, S. 722 ff.

Art. 62a des RVOG soll das Verfahren für derartige Grossprojekte inskünftig bei einer Leitbehörde konzentriert werden; diese holt vor ihrem Entscheid die Stellungnahmen der andern betroffenen Fachbehörden ein. Am Ende wird eine einzige Verfügung erlassen, die in der Regel direkt beim Bundesgericht angefochten werden kann. Damit besteht Gewähr, dass für jedes Projekt nur ein einziges Verfahren durchgeführt werden muss, was die Planung und Realisierung erheblich beschleunigen wird.

Demselben Zweck dient die Verordnung des Bundesrates über **Ordnungsfristen** für die Beschleunigung von Gesuchen in erstinstanzlichen wirtschaftsrechtlichen Verfahren (AS 1999 3472, SR 172.010.14). Diese Verordnung legt fest, in welchem zeitlichen Rahmen ein Gesuch in einem erstinstanzlichen wirtschaftsrechtlichen Verfahren des Bundes zu behandeln ist. Sie sind zwar nur Ordnungsfristen, doch muss die Behörde die Überschreitung einer Frist auf Gesuch hin schriftlich begründen und mitteilen, bis wann mit einem Entscheid gerechnet werden kann.

Eine namhafte Liberalisierung brachte das Bundesgesetz über das **öffentliche Beschaffungswesen** (SR 172.056.1). Es ist im Rahmen der Umsetzung des neuen GATT/WTO-Abkommens erlassen worden und steht seit 1996 in Kraft. Das Gesetz garantiert für Aufträge, die den jeweils massgebenden Schwellenwert erreichen, die Gleichbehandlung der Anbieter in transparenten Vergabeverfahren und fördert eine Intensivierung der Konkurrenz. Für Anbieter, die vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sind oder deren Offerte nicht berücksichtigt worden ist, besteht ein Beschwerdeverfahren.

Im Rahmen des «**Folgeprogramms**» nach der Ablehnung des EWR-Abkommens³² und im Bemühen um die marktwirtschaftlichen Erneuerung «aus eigener Kraft» hat der Bundesrat eine ganze Reihe von Gesetzesvorhaben in Aussicht gestellt (Revision des Kartellgesetzes, Beschaffungswesen, Diplomanerkennung, Abbau technischer Handelshemmnisse, Binnenmarktgesetz, Liberalisierung des Arbeitsmarktes usw.) – mehr dazu unten – und die Wiederauflage von 27 Gesetzesvorlagen empfohlen, die bereits im Rahmen der Anpassung unseres Rechts an das EWR-Abkommen beraten worden waren. Um eine rasche Verabschiedung dieser Vorlagen zu ermöglichen, wurde auf eine materielle Ausweitung der Änderungen weitestgehend verzichtet, bei 16 Vorlagen ganz, bei weiteren 11 Gesetzen mussten Reziprozitätsvorbehalte angebracht werden.³³

32 Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993 (BBl 1993 I 805 ff.). Vgl. auch KOLLER, Erfahrungen (Fn. 13), S. 250 ff.

33 Daran zeigt sich die Begrenztheit der autonomen Rechtsanpassung. Die Anwendung gewisser Bestimmungen im internationalen Verhältnis muss – wenn man sich nicht selbst diskriminieren will – von der Einräumung eines Gegenrechts abhängig gemacht werden. Dazu bedarf es bilateraler oder multilateraler Zusicherung und Verträge.

In diesem Zusammenhang ist das schweizerische **Privatrecht** in verschiedenen Teilen dem Recht der EU angepasst worden. Zu erwähnen sind etwa: das Obligationenrecht (Widerrufsrecht bei Vertragsabschlüssen und das Arbeitsvertragsrecht), das Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (SR 221.112.944) und das Konsumkreditgesetz (SR 221.214.1) sowie das Pauschalreisegesetz (SR 944.3). In diesen Erlassen sind die Regelungen der jeweiligen EU-Richtlinien gelegentlich wörtlich übernommen worden. Weitere Gesetzesänderungen, vor allem im Bereich des **Gesellschaftsrechts** (z. B. Fusionsgesetz, Rechnungslegungsgesetz, Umformung gewisser Gesellschaftsformen für kleinere und mittlere Unternehmen sowie für die freien Berufe), sind in Bearbeitung.

Auch im Bereich des **Immaterialgüterrechts** sind ähnliche Annäherungen an das EU-Recht festzustellen. So sind etwa die EU-Regelungen über ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel in das Patentgesetz (SR 232.14) übernommen worden, um den Forschungsstandort Schweiz zu stützen und Benachteiligungen unserer Industrie gegenüber dem Ausland zu beseitigen. Von etwas anderem Zuschnitt war die Umwandlung des Bundesamtes für geistiges Eigentum in das neue **Institut für Geistiges Eigentum**. Vordergründig ging es dabei zwar um ein Projekt der Verwaltungsmodernisierung, doch das neue rechtliche Statut des IGE ermöglicht zugleich, der Wirtschaft ein breiteres Angebot an Dienstleistungen anzubieten, die den Anschluss an die technologische Entwicklung erleichtern.

Eine deutliche Liberalisierung brachte die Revision des **UWG** (SR 241), mit welcher 1995 die Vorschriften über Aus- und Sonderverkäufe und die Ausverkaufsverordnung ersatzlos aufgehoben wurden (AS 1995 4086). Damit ist es dem Detailhandel jederzeit erlaubt, Total- und Teilausverkäufe sowie Sonderverkäufe zu organisieren.

Eine markante Stärkung der Wettbewerbsverhältnisse brachte das neue **Kartellgesetz** (SR 251). Es hält zwar am Prinzip der Missbrauchsgesetzgebung fest, etabliert jedoch die Vermutung, dass harte Kartelle (horizontale Preis-, Gebiets- und Mengenabreden) wirksamen Wettbewerb beseitigen und deshalb unzulässig sind. Die übrigen Wettbewerbsabreden sind zulässig, sofern sie die wirtschaftliche Effizienz verbessern. Marktbeherrschenden Unternehmen wird der Missbrauch ihrer Marktstellung durch bestimmte Verhaltensweisen (Boykotte usw.) verboten. Fusionen, die bestimmte Schwellenwerte übersteigen, sind meldepflichtig und können von der Wettbewerbskommission untersagt werden, wenn sie zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Mit diesen Neuerungen hat sich das Kartellgesetz in sehr weit gehender Weise den international geltenden Standards, namentlich dem Recht der EU, angenähert.

Mannigfache Anpassungen an internationale Standards findet man auch im **Strafgesetzbuch** (SR 311.0). Sei es die Strafnorm über das Ausnützen von

Insider-Wissen in Aktiengesellschaften (Art. 161), über die Manipulation von Börsenkursen (Art. 161^{bis}), über organisierte Kriminalität (Art. 260^{ter}), über Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis}) oder über die Geldwäscherei (Art. 305^{bis} f.) – stets wurden diese Strafnormen mit Blick auf internationale Standards oder zur Umsetzung internationaler Abkommen revidiert bzw. eingeführt.

Als Bestandteil des Reformpakets zur marktwirtschaftlichen Erneuerung wurde 1995 das neue **Fachhochschulgesetz** (SR 414.71) erlassen. Dieses Gesetz soll die Qualifikation der Arbeitnehmer verbessern und die Zusammenarbeit zwischen praxisorientierter Forschung und Entwicklung und der Privatwirtschaft intensivieren (Wissens- und Technologietransfer). Damit leistet es einen wesentlichen Beitrag zur Stärkung der Wettbewerbskraft der schweizerischen Wirtschaft. Gleichzeitig steigert es die Mobilität der Arbeitnehmer, weil die neuen Diplome das Niveau ausländischer Fachhochschulen erreichen und damit im Ausland anerkannt werden können. (Im Rahmen des sektoriellen Abkommens mit der EU über die Freizügigkeit im Personenverkehr ist eine entsprechende Anerkennung vorgesehen.)

Der Bereich der militärischen Landesverteidigung steht zwar nicht im Zentrum marktwirtschaftlicher Reformen. Immerhin sind aber auch hier Schritte in diese Richtung zu verzeichnen. So ist etwa das **Schiesspulverregal**, das Monopol der Fabrikation und des Verkaufs von Schiesspulver (Art. 41 Abs. 1 aBV), 1997 aufgehoben worden, und die **Rüstungsbetriebe** sind mit Gesetz vom 10. Oktober 1997 (SR 934.21) in eine gewinnorientierte *gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft* umgewandelt worden.

Mannigfache Anpassungen an das internationale Recht lassen sich im **Zollwesen** feststellen. Insbesondere wurden die Zölle im Rahmen des GATT/WTO-Übereinkommens erneut gesenkt und so die Konkurrenz auf dem schweizerischen Markt erhöht. Die Abfertigung mittels elektronischer Datenverarbeitung und -übertragung erleichtert die Zollabfertigung wesentlich (SR 631.071). Bereits heute werden rund 80 Prozent aller Ein- und Ausfuhren auf diese Weise abgefertigt. Bestimmte Betriebe können als zugelassene Versender oder Empfänger Waren direkt an ihrem Domizil abfertigen (SR 631.242.04). Ferner wurden die Voraussetzungen zur zollfreien und zollbegünstigten Veredelung von ausländischen Waren, die zur Wiederausfuhr bestimmt sind, wesentlich erleichtert (Art. 39 ff. ZV; SR 631.01).

Im Bereich des Steuerrechts ist namentlich an die Einführung der **Mehrwertsteuer** zu erinnern (SR 641.201, Volksabstimmung vom 28. November 1993). Sie hat Benachteiligungen unserer Wirtschaft auf in- und ausländischen Märkten beseitigt, indem die sog. *taxe occulte* (die Schattensteuer auf Investitionsgütern) abgeschafft worden ist. Das Erhebungssystem der Mehrwertsteuer ist weitgehend nach dem Muster europäischer Gesetzgebungen ausgestaltet worden.

Mit der **Reform der Unternehmensbesteuerung** 1997 (BG vom 10. Oktober 1997, AS 1998 669, Änderung von DBG [SR 642.11], StHG [SR 642.14], StG [SR 641.10] und VStG [SR 642.21]) sind wesentliche Steuererleichterungen realisiert worden (Einführung der proportionalen Gewinnbesteuerung und Abschaffung der Kapitalsteuer). Im gleichen Zug ist das schweizerische Recht mit der direkten Freistellung der Beteiligungsgewinne und der Beteiligungserträge und der Senkung der Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten von 2 auf 1 Prozent an das einschlägige EU-Recht angepasst worden.

Ebenfalls im Zeichen der Anpassung an das EU-Recht stand die letzte Revision des **Alkoholgesetzes** (SR 680). Einerseits ging es darum, die Besteuerung inländischer und importierter Spirituosen zu vereinheitlichen. Andererseits wurde mit der Aufhebung der Besteuerung des Sprints zu pharmazeutischen und kosmetischen Zwecken eine Benachteiligung der einheimischen Industrie gegenüber ausländischen Konkurrenten beseitigt.

Einen bemerkenswerten Schritt in Richtung Marktwirtschaft brachte die auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzte **Bahnreform** (Änderung diverser Gesetze über den öffentlichen Verkehr, AS 1998 2835). Mit der Trennung der Bereiche Infrastruktur und Verkehr ist die Voraussetzung geschaffen worden, um in- und ausländischen Unternehmungen auf dem schweizerischen Eisenbahnnetz den sog. Netzzugang zu gewähren. Damit sollen vorab im Güterverkehr Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden, was insgesamt zu Effizienzsteigerungen führen sollte. Auch im Sinne der Effizienzsteigerung ist die SBB in eine *spezialgesetzliche Aktiengesellschaft* mit verstärkter Autonomie umgewandelt worden. Die Beziehungen zwischen Bund und SBB-AG werden neu in einer Leistungsvereinbarung geregelt; darin werden namentlich die mittelfristigen Unternehmensziele und der Umfang des geplanten Leistungsangebotes in den verschiedenen Verkehrsbereichen festgelegt.

Ganz im Zeichen der Deregulierung und Anpassung an das EU-Recht stand die letzte PTT-Reform. Im Bereich des Brief-, Paket- und Zahlungsverkehrs wurde das Monopol der **Post** reduziert auf die Beförderung adressierter Sendungen bis zu 2 kg. Die Post wurde von der Telekommunikation getrennt und in einer *öffentlichrechtlichen Anstalt* organisiert. Auch diese Unternehmung genießt im Vergleich zur alten PTT grössere Autonomie, ist aber auch auf die Eigenwirtschaftlichkeit verpflichtet.

Im Bereich der Telekommunikation wurde am weitesten dereguliert. Neu können für sämtliche Dienste der **Telekommunikation** Konzessionen erteilt werden, und marktbeherrschende Anbieter (konkret: die Swisscom) sind verpflichtet, andern Anbietern nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion zu gewähren. Damit sind echte Wettbewerbsverhältnisse geschaffen worden, was zu deutlichen Preissenkungen für Telefoniedienste geführt hat.

Die Swisscom ist als *spezialgesetzliche gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft* organisiert worden, und ein erstes *going public* hat dem Bund zu erfreulichen Einnahmen verholfen.

Im Bereich der Produktvorschriften ist durch eine Revision der Bundesgesetzes über die **Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten** (SR 819.1) eine weitgehende Harmonisierung mit dem Recht der EU erreicht worden. Der Regelungsansatz folgt neu dem sog. *new approach* der EU. Dies bedeutet, dass nur noch die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen in die Form von Rechtssätzen gekleidet werden. Im Übrigen gelten die technischen Normen, auf die verwiesen werden soll, und zwar so weit als möglich «international harmonisierte Normen». Die Einhaltung dieser Normen wird zwar nicht verlangt, doch führt ihre Einhaltung zur Vermutung, dass die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt sind. Diese Regelung hat es ermöglicht, mit der EU im Rahmen der bilateralen Übereinkommen die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbescheinigungen für technische Produkte zu vereinbaren, was für unsere Exportindustrie bedeutende Vorteile bringen wird.

Zu einer tief greifenden rechtlichen Umwälzung führten die beiden letzten **Landwirtschafts-Reformen** (1992 und 1996). In ihrem Zentrum stand die marktwirtschaftliche Erneuerung zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des gesamten Ernährungssektors. Mit einer Reduktion der grossen Preisdifferenzen zum Ausland soll dem Einkaufstourismus und dem Verlust von Marktanteilen der Verarbeitungsindustrie auf den Exportmärkten begegnet werden. Konkret brachte das neue Landwirtschaftsgesetz eine Verringerung regulierender Markteingriffe; namentlich wird nun weitest gehend auf Preis- und Absatzgarantien verzichtet. Dies führte beispielsweise zur Abschaffung der Käsevermarktung durch die Käseunion. Andererseits wurde das Subventionswesen gestrafft und an ökologischen Vorgaben ausgerichtet. Zur Erleichterung der Strukturentwicklung wurden gewisse Bestimmungen des bäuerlichen Bodenrechts und des landwirtschaftlichen Pachtrechts gelockert. Im Rahmen des Programms zur marktwirtschaftlichen Erneuerung ist zusammen mit dem neuen Kartellgesetz auch das **Binnenmarktgesetz** (SR 943.02) erlassen worden. Es bezweckt, durch den Abbau öffentlichrechtlicher Wettbewerbshindernisse im kantonalen und kommunalen Recht und durch die Beseitigung von Mobilitätsschranken (z. B. das Erfordernis kantonaler Fähigkeitsausweise) den Wettbewerb in der Schweiz zu beleben und damit den Wirtschaftsstandort Schweiz im internationalen Umfeld zu stärken. Das Gesetz etabliert das auf schweizerische Rechtsverhältnisse umgesetzte «Cassis de Dijon»-Prinzip der EU, wonach die Gleichwertigkeit der kantonalen Zulassungsvoraussetzungen für die Ausübung bestimmter Erwerbsarten vermutet wird. Ist also das Inverkehrbringen oder Verwenden einer Ware oder das Erbringen einer Dienstleistung im Kanton, in welchem der Anbieter seinen

Sitz hat, zugelassen, so darf der Anbieter seine wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich in der ganzen Schweiz ausüben. Rechtliche Hürden in andern Kantonen sind nur zulässig, wenn sie zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind. Das Gesetz etabliert zur Durchsetzung dieser Grundsätze ein wirksames Rechtsschutzsystem.

Funktionell verwandt mit dem Binnenmarktgesetz ist das Bundesgesetz über die **Beseitigung technischer Handelshemmnisse** (SR 946.51). Es ist ein Rahmenerlass, der den Gesetz- und Verordnungsgeber dazu verpflichtet, sektorielle Produktvorschriften so auszugestalten, dass sie sich nicht als Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Warenverkehr auswirken. Konkret bedeutet dies, dass Produktvorschriften so weit als möglich mit den Produktgesetzgebungen unserer wichtigsten Handelspartner, namentlich mit jenen der EU, zu harmonisieren sind, um den Export schweizerischer Produkte und den Import ausländischer Produkte zu erleichtern. In einem besondern Kapitel schafft das Gesetz die Grundlagen für bereichsübergreifendes Verordnungsrecht, namentlich über die Akkreditierung von Prüf- und Konformitätsbewertungsstellen und über Konformitätsbewertungsverfahren. Zudem ermöglicht das Gesetz dem Bundesrat, die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen oder Zulassungen staatsvertraglich abzusichern.

Auch das **Bankengesetz** (SR 952.0) ist in den letzten 10 Jahren in mehreren Schritten der internationalen Entwicklung angepasst worden. Im Rahmen des Folgeprogramms nach der Ablehnung des EWR-Abkommens wurde für Zweigniederlassungen, Agenturen und Vertretungen ausländischer Banken die sog. Einheitslizenz eingeführt, d. h. der Bundesrat wurde ermächtigt, ausländischen Staaten auf der Basis des Gegenrechts im Bankengewerbe freien Marktzugang zu gewähren. Ferner wurde die Möglichkeit geschaffen, die Errichtung oder Übernahme einer schweizerischen Bank durch Ausländer auf der Basis des Gegenrechts von keinen besondern Voraussetzungen mehr abhängig zu machen. Das Gegenrechts-Erfordernis wurde dann im Rahmen der Anpassung an das GATT/WTO-Übereinkommen fallen gelassen und stattdessen – den internationalen Standards folgend – das Erfordernis der konsolidierten Aufsicht durch ausländische Aufsichtsbehörden eingeführt. Mit Bundesgesetz vom 22.4.99 (AS 1999 2405) ist schliesslich – ebenfalls den neuesten internationalen Entwicklungen folgend – die sog. Vor-Ort-Kontrolle international tätiger Banken eingeführt worden. Alle internationalen Bankkonzerne werden inskünftig im Herkunftsland beaufsichtigt, und die Herkunftslandbehörden erhalten das Recht, in der Schweiz Informationen einzuholen und direkte Prüfungen vorzunehmen. Soweit es dabei um Informationen geht, welche direkt oder indirekt mit dem Vermögensverwaltungsgeschäft für einzelne Bankkunden zusammenhängen, erhebt die Bankkommission die Informationen selbst und übermittelt sie den ersuchenden Behörden. Damit besteht die Gewähr, dass die Vor-Ort-Kontrollen nicht

zur Ausforschung der Vermögensverhältnisse einzelner Bankkunden missbraucht werden.

Als Antwort auf die internationalen Entwicklungen und globalen Verflechtungen der Finanzmärkte wurde 1995 das **Börsengesetz** (SR 954.1) erlassen. Seine als Rahmenordnung konzipierte Regulierung dient dem Anlegerschutz und der Funktionsfähigkeit der Märkte. Die Zulassung von Börsenmitgliedern und Effekten zum Handel an den Börsen sowie die Organisation des Handels und die Überwachung werden weitgehend der Selbstregulierung überlassen. Die von den Börsen zu erlassenden Reglemente müssen aber gewisse Grundsätze respektieren und international anerkannten Standards entsprechen. Die Aufsicht wird durch die Eidg. Banken- und Börsenkommission wahrgenommen, und die internationale Amtshilfe folgt den Prinzipien des Bankengesetzes.

Starke internationale Harmonisierungsbestrebungen stehen auch hinter dem **Geldwäschereigesetz** von 1997 (SR 955.0). Es schafft eine verwaltungsrechtliche Rahmenordnung zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens und steht in Übereinstimmung mit international anerkannten Empfehlungen über den Schutz des Finanzdienstleistungssystems vor kriminellen Missbräuchen. Insbesondere auferlegt es den Finanzintermediären gewisse Sorgfaltspflichten und schafft Institutionen zu deren Durchsetzung.

2. Marktwirtschaftliche Erneuerung und internationale Ausrichtung

Betrachtet man die Fülle und die Vielfalt der in den vergangenen Jahren vorgenommenen Gesetzesänderungen im Überblick, dann erstaunt *erstens* einmal, dass die tief greifende Neuausrichtung des schweizerischen Wirtschaftsrechts weitest gehend ohne Referendum vorgenommen werden konnte. Die Ablehnung des EWR-Abkommens und die drohende Isolierung haben offenbar ihre heilsame Wirkung nicht verfehlt und die Fokussierung der eigenen Bemühungen auf die Liberalisierung und Stärkung der Konkurrenzfähigkeit unserer Wirtschaft erleichtert (Folgeprogramm).

Festzustellen ist *zweitens*, dass als Konsequenz der zunehmenden Verflechtung und der weltwirtschaftlichen Entwicklung (konjunktureller Einbruch Anfang der neunziger Jahre, erhöhte Arbeitslosenquoten auch in der Schweiz, Verschärfung der Wettbewerbssituation auf den Weltmärkten) der Anpassungsdruck auf die schweizerische Wirtschaft angehalten hat. Der globale Trend zum Abbau staatlicher und privater Wettbewerbsbehinderungen sowie zur Beseitigung störender Mobilitätsschranken und die (fast) weltweiten Bemühungen um die Öffnung der Märkte haben ihren rechtlichen Niederschlag gefunden in den Harmonisierungsbemühungen globaler und regionaler internationaler Organisationen (GATT/WTO, OECD, EU usw.).

Bemerkenswert ist *drittens*, mit welcher Selbstverständlichkeit die Schweiz solche internationalen Standards übernommen hat. Jedenfalls macht die Zusammenstellung offenkundig, in welchem erheblichem Ausmass die Entwicklung der schweizerischen Wirtschaftsrechtsordnung in den neunziger Jahren von internationalem Recht beeinflusst worden ist.

Zu erwähnen ist *viertens*, dass die marktwirtschaftliche Erneuerung nicht mit einem Schlag, sondern vielfach in mehreren verkraftbaren Schritten erfolgt ist. Das war vor allem für die stark regulierten öffentlichen Märkte (Verkehr, Energie, Telekommunikation usw.) und für Sektoren wie die Landwirtschaft, für die der Abbau regulierender Markteingriffe schmerzhaft zu werden drohte, wichtig für die Akzeptanz, auch wenn dadurch der Gesetzgeber ausserordentlich stark gefordert wurde. Ohnehin scheint die Beschleunigung der Vorgänge und die damit verbundene Häufigkeit von Gesetzesrevisionen zu einem Merkmal moderner Gesetzgebung geworden zu sein. Im gleichen Atemzug zu nennen ist aber auch die Tatsache, dass binnenwirtschaftliche Massnahmen und (De-)Regulierungen heute immer mehr der staatsvertraglichen Absicherung bedürfen, wenn sie die volle Wirkung erzielen und die Wettbewerbsfähigkeit unserer Wirtschaft stärken sollen (Konformitätsbescheinigungen, Gegenrechtserklärungen usw.).

Erwähnenswert scheint mir sodann *fünftens* die bewiesene Anpassungsfähigkeit unseres demokratischen Systems und die offenkundige Selbsterneuerungskraft der Wirtschaft. Für viele noch zu langsam, ist es der Schweiz immerhin in wenigen Jahren gelungen, die Märkte in erheblichem Ausmass zu liberalisieren, die öffentlichen Unternehmen weitest gehend zu privatisieren und die Rechtsordnung mit den internationalen Standards zu harmonisieren. Insofern sind Gesetzgeber und Gesetzgebung dem hohen Anpassungsdruck von aussen und von innen bislang gerecht geworden. Glaubt man den Untersuchungen, steht die Schweiz in Bezug auf die Wettbewerbsfähigkeit und als Wirtschaftsstandort im internationalen Vergleich so schlecht gar nicht da.³⁴

Allerdings steht die Entwicklung nicht still. Viele drängende Probleme (Nord-Süd-Gefälle, demographische Entwicklung, Migration, Energie, Umwelt und Verkehr, neue Technologien, organisierte Kriminalität und öffentliche Sicherheit) werden sich nur im internationalen Verbund lösen lassen, auch im wirtschaftlichen Bereich (Arbeitsmarkt und Finanzsektor z. B.). Daraus ergibt sich schliesslich *sechstens* die Forderung nach dauerndem Vergleich und nach selektiver Anpassung bzw. minimaler Harmonisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen. Internationale Sachverhalte und grenzüberschreitende Phänomene lassen sich nur so in den Griff bekommen. So

34 Vgl. Die Niederlande als bester Wirtschaftsstandort. Die Schweiz unter den ersten Zehn, NZZ vom 12. Mai 2000, S. 27.

hielt der *Groupe de réflexion*, der sich im Auftrag des EJPD mit dem Anpassungsbedarf im Bereich des schweizerischen Gesellschaftsrechts auseinandersetzte, schon 1993 fest, dass «bei künftigen Rechtsetzungsprojekten, solange keine wichtigen Gründe dagegen sprechen, grundsätzlich die Rahmenvorschriften der EG-Richtlinien zu beachten und soweit wie möglich *europataugliche Regelungen* zu wählen sind. Eine «eigenständige» Rechtsentwicklung im Gesellschaftsrecht, die dem Recht unserer Nachbarstaaten und den Anforderungen der EG widersprüche wird abgelehnt» (S. 20) ... «Die Rahmenvorschriften der EG im Gesellschaftsrecht stellen letztlich eine sachgerechte Ordnung dar und stimmen inhaltlich weitgehend mit den Zielen des Bundesrates bei der abgeschlossenen Aktienrechtsrevision überein.» ... «Massgebend ist weiter die internationale Verflechtung der Wirtschaft, die eine gewisse Harmonisierung der rechtlichen Vorschriften in wichtigen Punkten dringend erfordert. Damit erscheint eine Annäherung an die EG-Richtlinien im Bereich des Gesellschaftsrechts selbst bei einem Nichtbeitritt der Schweiz zum EWR oder zur EG als sinnvoll» (S. 80). Ich persönlich würde noch weiter gehen und daraus einen Zwang zur möglichst intensiven Mitwirkung in internationalen Organisationen und gegebenenfalls supranationalen Gemeinschaften ableiten.

3. Deregulierung als Folge von Liberalisierung und Privatisierung?

Der Harmonisierungs- und Normierungsboom auf internationaler und nationaler Ebene scheint die verbreitete Annahme zu widerlegen, dass Globalisierung und Standortwettbewerb zu einem kontinuierlichen Abbau von staatlichen Regulierungen und nach und nach zu einem Absterben oder doch Rückzug des Nationalstaates (*retreat of the state* bzw. *minimal state*) führen werden. In der Tat scheint die rege Aktivität unseres Gesetzgebers in den letzten Jahren eher das Gegenteil (*freer markets – more rules*) zu beweisen. Dazu einige Überlegungen.

Man versteht unter Deregulierung im Allgemeinen den gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf verbindliche Regelungen oder doch wenigstens die Verringerung von Dichte und Tiefe von Normierungen.³⁵ Das Anliegen liegt auf der Hand: Handlungs- und Gestaltungsspielräume von Individuen und Unternehmen werden durch Vorschriften umfangreich eingeengt und beeinflusst; Regelungen, insbesondere staatliche Normierung, zum Schutze des Wettbewerbs, der Umwelt, der Arbeitnehmer und Verbraucher, gewerbliche Schutzrechte und Vorschriften im Handels-, Steuer- und Haftungsrecht sind

35 Vgl. WOLF LINDER, Deregulierung – ein politisches Instrument für viele Ziele, LeGes 1998–2/3, S. 96.

für die Wirtschaft zwar unerlässlich; sie sollen die Wirtschaftssubjekte in ihrer Initiative jedoch nicht übermässig behindern. Deregulierung ist seit den achtziger Jahren *en vogue*. Sie bezieht ihre politische Legitimation aus dem Glauben an die Überlegenheit marktwirtschaftlicher Lösungen und aus der Einsicht, dass angesichts der Globalisierung viele eigenstaatliche Regulierungen obsolet oder hinderlich geworden sind.

- Deregulierung zielt zumeist auf den Abbau von Wettbewerbsbehinderungen zwecks Herstellung möglichst freier Märkte.³⁶ Dabei geht es nicht ausschliesslich um staatliche Gesetzgebung (Bewilligungspflichten, Kontingentierungen, Verfahrensbestimmungen u. ä.), sondern auch um private Regulierungen oder Vereinbarungen, soweit sie den Wettbewerb behindern (Preisabsprachen, Beschränkungen des Berufszutritts, Branchenschutz usw.). Objekt der Deregulierungspolitik sind also einerseits staatliche Vorschriften, andererseits private Regelungen. Doch Deregulierung heisst in diesem Falle *nicht Regulierungsverzicht*. Auch der Markt ist eine «staatliche Veranstaltung»; er bedarf einer staatlichen Rahmenordnung, welche den Wettbewerb unter Privaten überhaupt erst ermöglicht (Wirtschaftsprivatrecht, Kartellgesetz, Binnenmarktgesetz) oder aufrechterhält (Verzicht auf jegliche Privilegierung und Diskriminierung, Abbau von Hemmnissen jeder Art). Die Schaffung oder Intensivierung des Wettbewerbs ist also nicht nur De-Regulierung, *sondern vielfach Re-Regulierung*.
- Deregulierung zielt sodann häufig auf die Privatisierung öffentlicher Dienste und Leistungen.³⁷ Auch hier spielt wieder der Gedanke von der vermuteten «Überlegenheit des Marktes» mit und die Überzeugung, dass gewisse öffentliche Leistungen besser (effizienter) von Privaten erfüllt werden, die dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Die Formen reichen von der blossen Auslagerung gewisser Funktionen (Outsourcing) über die Beleihung privater Organisationen mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben bis hin zur eigentlichen Privatisierung bislang öffentlicher Aufgaben (Flugüberwachung, Telekommunikation, Wetterprognosen, Rüstungsbeschaffung bzw. -produktion). Doch auch hier kann Deregulierung nicht bloss als Regulierungsabbau und -verzicht verstanden werden. Sie schliesst auch den Umbau staatlicher Regulierung, eine *Neuregulierung*, ein. So muss normativ sichergestellt werden, dass das öffentliche Interesse (der *service public*) gewährleistet bleibt und der Leistungsauftrag erfüllt wird. Die Vergabe von Konzessionen und Lizenzen in derart hochkomplexen Bereichen wie etwa der Informations- und Kommunikationstechnologie oder des Verkehrs und die Sicherstellung einer angemessenen politischen Kontrolle

36 LINDER, Deregulierung (Fn. 36), S. 96 f., 104.

37 LINDER, Deregulierung (Fn. 36), S. 98 f.

ist sehr oft verbunden mit anspruchsvollen Verfahren und Einrichtungen sowie mit Regelwerken, die den abgelösten Gesetzen weder in der Dichte noch in der Tiefe der Normierung nachstehen. Das gilt selbst dort, wo (wie etwa im Banken- und Finanzsektor, auf dem Gebiet der Energie und der Umwelt, oder neuerdings im Bereich der Rechnungslegung) die private Normierung von Branchen und Berufsorganisationen, die sog. *Selbstregulierung*, Platz greift.³⁸

- Deregulierung kann schliesslich nicht nur Anlass sein, den staatlichen Aufgabekatalog kritisch zu durchleuchten, mithin das Verhältnis von Staat und Gesellschaft und vor allem von Staat und Wirtschaft neu zu definieren, sondern auch die Art und Weise des Politikvollzuges zu analysieren: Dieser gilt als überreguliert.³⁹ Dazu tragen viele Faktoren bei (dreistufiges Gemeinwesen, Überlagerung durch vielschichtiges Völkerrecht, Technizität und Komplexität der realen Lebensverhältnisse, Absicherungsdenken in Betroffenheitsdemokratie, Perfektionismus, unzureichendes Reduktions- und Abstraktionsvermögen u. a. m.). Will man diese Fragen angehen, reicht die Streichung von Vorschriften nicht aus. Gefordert ist die Überprüfung der gesetzlichen Aufgaben und Ziele, anzugehen ist die Frage der geeigneten Politikinstrumente (z. B. Anreizsysteme anstelle von Verhaltensvorschriften, New Public Management und Outputorientierung anstelle der Durchsetzung formaler Vorschriften, private Regulierung anstelle staatlicher Normierung) und mitzubedenken ist schliesslich die Vollzugsorganisation (insbesondere Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren).

So verstanden kann Deregulierung eine Chance sein. Sie darf aber nicht zum Dogma werden und nicht gleichgesetzt werden mit Regulierungsabbau und Regulierungsverzicht.⁴⁰ Deregulierung schliesst wie gesagt auch den Umbau staatlicher Regulierung und die Verlagerung auf private Regelwerke ein: z. B. den Ersatz von Geboten und Verboten durch marktwirtschaftliche Instrumente oder den Ersatz von materiellem Recht durch Verfahrensrecht bzw. detaillierter durch offenere Normen oder aber die Harmonisierung bestehenden Rechts (neustes Beispiel: Vereinheitlichung des schweizerischen Straf- und

38 Vgl. HEINRICH KOLLER, Die Selbstregulierung im neuen Rechnungslegungs- und Revisionsrecht – Zum Verhältnis von staatlicher Rechtsetzung und Selbstregulierung im Lichte der internationalen Harmonisierungsbestrebungen, *Der Schweizer Treuhänder* 5/99, S. 427 ff.

39 LINDER, Deregulierung (Fn. 36), S. 99 ff.

40 Vgl. NORBERT WIMMER und WOLFGANG MEDERER, Regulierung und Deregulierung zur Herstellung eines offenen und funktionsfähigen Marktes, in: Verhandlungen des Zwölften Österreichischen Juristentages Wien 1994, Band III/1 Wirtschaftsrecht, Wien 1993, S. 8 ff., die zwischen einem (verfehlten) quantitativen und einem qualitativen Deregulierungsansatz unterscheiden.

Zivilprozessrechts und des europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsrechts). Deregulierung hat auch nichts mit sozialer und ökologischer Demontage zu tun; so verstanden wäre sie keine adäquate Antwort auf die echten Herausforderungen der Gegenwart und der Zukunft und auf die bleibenden und unverzichtbaren Aufgaben des Staates, nämlich Rahmenbedingungen zu setzen, die ein Minimum an gesellschaftlicher Gleichheit, sozialem Schutz und ökologischer Rücksichtnahme gewährleisten. Die Liberalisierung und die Privatisierung führen also nicht zwingend zu einer Deregulierung im Sinne eines Abbaus von oder Verzichts auf staatliche Normen. Eher das Gegenteil ist der Fall, wie die empirische Forschung zeigt.⁴¹

4. Normenflut und Normendichte als Innovationsbremse?

Wer von einem schlanken Staat träumt, dem ist die Fülle von Normtexten, die wöchentlich und monatlich in Amts- und Gesetzesblättern publiziert wird, ein Horror, und wer täglich mit diesen Gesetzen umzugehen hat, den beschleicht ein gewisses Unbehagen, wenn zu Beginn oder in der Mitte des Jahres die Liste der in Kraft gesetzten neuen Erlassente erscheint. Nationalrat ADRIANO CAVADINI hat diesem Gefühl in seiner Interpellation vom 21. März 1997⁴² wie folgt Ausdruck verliehen: «Bereits heute ist die Anzahl der auf Bundesebene erlassenen Vorschriften derart gross, dass niemand, auch die Fachleute der Bundesverwaltung nicht, noch den Überblick wahren und die Gesetzgebung in einem bestimmten Bereich genau kennen kann. Wenn es so weitergeht, machen wir den Bürgerinnen und Bürgern sowie der Wirtschaft das Leben immer schwerer. Ausserdem werden so denjenigen, die in unserem Land Arbeitsplätze schaffen und investieren wollen, immer mehr Hindernisse in den Weg gelegt. Es genügt, daran zu erinnern, dass in der Schweiz fast 300 Gesetze und 2500 Verordnungen und Richtlinien gelten und dass der Bund auf den 1. Januar 1997 nicht weniger als 266 neue oder geänderte Erlassentexte, wovon 233 Verordnungen in Kraft gesetzt hat.»

Ebenso wie die Annahme, dass die als Folge der Globalisierung einsetzende Liberalisierung und Privatisierung der Wirtschaft zwangsläufig zu einer Deregulierung führe, bedarf auch diese Argumentation der Relativierung. Der Bundesrat hat in seiner Antwort auf die Interpellation Cavadini festgehal-

41 Vgl. die Hinweise bei RAINER SCHWEIZER, Gesetzgebung als knappes Gut – Perspektiven aus der Gesetzgebungspraxis, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts, Forschungsgespräche der Rechtswissenschaftlichen Abteilung anlässlich des 100-Jahr-Jubiläums der Universität St. Gallen im Juni 1998, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 28, Basel u. a. 1999, S. 89 ff.

42 Nationalrat 97 3178 Ip. Cavadini Adriano vom 21. März 1997, Flut von Gesetzen, Verordnungen und Weisungen.

ten, dass tatsächlich seit einigen Jahren eine Zunahme und sogar eine Beschleunigung der Normenproduktion erkennbar ist und dass auch die Komplexität der Rechtserlasse und der Verfahren im Zunehmen begriffen ist. Er hat dafür Gründe genannt.⁴³ Zugleich hat er darauf hingewiesen, dass es falsch wäre, in dieser Entwicklung der Normenproduktion nur eine Bremse der wirtschaftlichen Entwicklung zu sehen: «Die Zunahme und die Erneuerung des Rechts entsprechen auch den Bedürfnissen der Wirtschaft, die auf einen angemessenen und zuverlässigen rechtlichen Rahmen angewiesen ist. Dies erfordert eine Anpassung an neue Situationen und gleichzeitig die Sicherstellung eines Minimums an Stabilität, Vorhersehbarkeit und Transparenz.»⁴⁴

Dem ist nichts anzufügen. Der Interpellant scheint ganz einfach übersehen zu haben, dass Rechtssicherheit und politische Stabilität zusammen mit einer ausreichenden Infrastruktur, einem effizienten Finanz- und Dienstleistungssektor und einem günstigen makroökonomischen Umfeld (Währungsstabilität, Bildungs- und Fiskalniveau u. a.) zu den massgebenden Bestimmungsfaktoren für die Wahl eines Wirtschaftsstandortes zählen. Prüfwert ist immerhin die Frage, ob der Gesetzgeber und die schweizerische Gesetzgebung – Recht ist zwar auf Dauer angelegt, aber wandlungsfähig und abänderbar – *rasch und flexibel genug auf den wirtschaftlichen Anpassungsdruck von innen und von aussen reagiert* haben. Ich möchte dies anhand der «Privatisierung» von öffentlichen Unternehmen in der Schweiz tun, die sich im Zuge der Internationalisierung der Märkte aufgedrängt hat (Post, Telekom/Swisscom, Bundesbahnen, Rüstungsbetriebe), sowie anhand einiger Beispiele aus der Praxis der Verwaltungsmodernisierung (Institut für Geistiges Eigentum, Meteorologische Anstalt).

5. Annäherungen von öffentlichem und privatem Recht

Nach unserem Verständnis ist das öffentliche Recht die übliche, gewohnte und eingespielte Handlungsform des Staates und seiner Organe. Staat und Behörden sind an dieses Recht gebunden (Legalitätsprinzip), sie wenden es von Amtes wegen und in formalisierten Verfahren an (Gesetzgebungs- und Verwaltungsverfahren) und setzen es notfalls mit Zwang durch (Hierarchieprinzip, Kontrollmechanismen, Sanktionen). Das öffentliche Recht steht deshalb im Ruf eher unflexibel, formalistisch und schwerfällig zu sein. Das Privatrecht dagegen wird von den Prinzipien der Gleichordnung und Privatautonomie beherrscht, es gilt als flexibel und erscheint daher attraktiv für die

43 Vgl. auch SCHWEIZER, Gesetzgebung (Fn. 42), S. 91 f.

44 Schriftliche Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Juni 1997, AB Nationalrat 1997, 10. Oktober 1997, S. 2255 f.

Verwaltungsmodernisierung (Übergang zur wirkungsorientierten Verwaltungsführung und zum New Public Management) sowie für das unternehmerische Handeln des Staates (soweit überhaupt im gegenläufigen Trend der Zeit noch geboten). Was hat es mit diesen Qualifizierungen auf sich und welche Folgen ergeben sich daraus für die Wahl der Organisations-, Handlungs- und Rechtsform, mithin die optimale Rechtsnatur des staatlichen Handelns?

Vorerst einmal gilt es mit gewissen Missverständnissen aufzuräumen. Gesetzgeber und Verwaltung sind in der Wahl ihrer Handlungsformen, namentlich bei der Wahl zwischen öffentlichrechtlichem und privatrechtlichem Handeln nicht frei. Die *Verwaltung* hat nach heute herrschender Lehre immer die jeweils am besten geeignete Form zu wählen, und das ist, so die Regel, das auf das staatliche Handeln, die staatliche Aufgabenerfüllung bzw. die Wahrung des Allgemeinwohls spezifisch zugeschnittene öffentliche Recht. Privatrechtliches Verwaltungshandeln gilt (als Folge wiederum des Legalitätsprinzips und der damit verbundenen Schutzfunktionen und Verfahrensgarantien) nur dann als zulässig, wenn das Gesetz dafür Raum lässt.⁴⁵ Der *Gesetzgeber* ist in der Gestaltung freier, doch hat auch er bei der Wahl privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen (z. B. der Gründung von Aktiengesellschaften für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an Private) sicherzustellen, dass die allgemeinen Rahmenbedingungen des staatlichen Handelns (Bindung an Zuständigkeitsordnung, an Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze, Mindestmass an demokratischer Mitsprache, Verantwortlichkeit und Kontrolle) gewahrt bleiben.⁴⁶

Zu erwähnen ist sodann ein Zweites. Privatrecht und öffentliches Recht weisen zwar typischerweise gewisse Eigenschaften auf, die ihr «Wesen» ausmachen. Damit wird aber nicht die ganze Wirklichkeit eingefangen. Das Privatrecht (das sich typischerweise durch Gleichordnung, Privatautonomie auszeichnet) hat sich zunehmend damit auseinander zu setzen, dass sich zwischen den Beteiligten ein «Machtgefälle» zeigt, das durch den Gesetzgeber mit zwingenden Bestimmungen auszugleichen ist (Arbeitsvertrag, Mietrecht, Konsumkredit, Pauschalreisen usw.). Andererseits treten im Bereich des öffentlichen Rechts zunehmend «Gleichordnungen» zutage (verbreitete Anwendung des öffentlichrechtlichen Vertrags als Handlungsform); auch zeigt sich immer mehr, dass die Grenze zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Verfolgung öffentlicher Interessen (man denke an die Diskussionen um den *service public* privatisierter Unternehmen) Unschärfen aufweist. Es gibt mit

45 ULRICH HÄFELIN und GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl. Zürich 1998, Rz. 218 ff. (221).

46 Keinesfalls darf die Privatrechtsform dazu dienen, diese von der Verfassungsordnung vorgegebenen Rahmenbedingungen zu unterlaufen: also keine – bezeichnenderweise so genannte – «Flucht ins Privatrecht» bzw. «Flucht aus dem Budget».

anderen Worten Annäherungen und Relativierungen zwischen diesen Rechtsbereichen.⁴⁷ Das zeigt sich etwa daran, dass es immer mehr gemischte Normen (Doppelnormen) gibt und Bereiche des Privatrechts mit stark limitierter Privatautonomie (Arbeitsrecht, Arztrecht, Mietrecht, Gesellschaftsrecht – mit immer mehr zwingenden Normen); dass die Grundrechte Wirkung auch bei der Auslegung und Anwendung des Privatrechts entfalten und auch der privatrechtlich handelnde Staat an die Grundrechte gebunden ist; dass es (namentlich im Wirtschaftsrecht und unter dem Einfluss des *common law* und ausländischer Rechtsordnungen, die diese Unterscheidung nicht kennen) Gesetzgebungsmaterien gibt, in denen privatrechtliche und öffentlichrechtliche Elemente eng ineinander verwoben sind, was die praktische Grenzziehung und Zuordnung erschwert (z. B. Kartellrecht, Börsenrecht und Rechnungslegungsrecht als Zusammenspiel von staatlicher Regulierung und privater Selbstregulierung, Konsumkreditgesetzgebung, Mietrecht usw.). Paradigmatisch für diesen Annäherungsprozess auch die Situation im Arbeitsrecht: Das öffentliche und das private Arbeitsverhältnis bewegen sich mehr und mehr aufeinander zu. So soll der Beamtenstatus ersetzt werden durch ein öffentlichrechtliches Vertragsverhältnis, auf das subsidiär die Regelungen des OR Anwendung finden.

6. Entwicklung bedürfnisgerechter neuer Organisationsformen und Lösungen

Ein Blick auf die jüngeren Beispiele der Privatisierung öffentlicher Unternehmen und der Verwaltungsmodernisierung zeigt, dass Gesetzgeber und Gesetzgebung in Bezug auf die Organisationsform (selbständige/unselbständige Anstalt, privatrechtliche/spezialgesetzliche Aktiengesellschaft), in Bezug auf die Anstellungsverhältnisse (privatrechtliche/öffentlichrechtliche Anstellung, starres/flexibles Dienstrecht) und in Bezug auf die Handlungsformen im Aussenverhältnis (öffentliches/privates Recht) sehr flexibel und mit einer geradezu bemerkenswerten Formenvielfalt reagiert haben.

Bei der Umwandlung des Bundesamtes für Geistiges Eigentum in das **Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE)** hat man sich für eine *selbständige öffentlichrechtliche Anstalt* mit eigener Rechtspersönlichkeit entschieden (BG über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum [IGEG] vom 24. März 1995, SR 172.010.31), weil zwar mehr Flexibilität in der Leistungserbringung erwünscht, die völlige Abkoppelung der hoheitlichen Aufgabebereiche jedoch nicht möglich war. Das Institut untersteht weiterhin der Aufsicht durch den Bundesrat, und die ge-

setzlichen Befugnisse der Eidgenössischen Finanzkontrolle und der Bundesversammlung bleiben ausdrücklich vorbehalten. Das Institut verfügt über ein eigenes Personalstatut (SR 172.010.321). Für das Personal wurde ein spezialgesetzliches Angestelltenverhältnis geschaffen: Es handelt sich um einen öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrag; subsidiär kommt das Obligationenrecht als öffentliches Recht des Bundes zur Anwendung. Im Aussenverhältnis tritt das IGE öffentlichrechtlich auf, soweit es um Tätigkeiten hoheitlicher Natur geht (Erteilen und Aufrechterhalten von Schutztiteln, Führen von Registern, Erteilung von Bewilligungen), privatrechtlich für Dienstleistungen (Entgelt nach dem Markt).

Bei der **Schweizerischen Meteorologischen Anstalt (SMA)** – sie hatte wie das IGE bei der Erprobung neuer wirkungsorientierter Führungsmodelle Spuarbeit zu leisten und zählt heute zu den sog. FLAG-Ämtern⁴⁸ – gingen der Bundesrat und ihm folgend die Bundesversammlung einen leicht anderen Weg.⁴⁹ Die SMA wurde als *Bundesamt* aufrechterhalten, auf die Privatisierung der entsprechenden Aufgaben wurde verzichtet (vgl. das BG über die Meteorologie und die Klimatologie vom 18. Juni 1999 und die dazugehörige Verordnung, welche die Aufgaben dem gleichnamigen Bundesamt überträgt; SR 429.1/11). Die SMA hat gegen Gebühr ein gesetzlich umschriebenes Grundangebot an Dienstleistungen zu erbringen (Art. 3); daneben bietet die SMA erweiterte Dienstleistungen auf (privatrechtlicher) kommerzieller Basis an (Art. 4). Sie hat sich dabei nach den im Gesetz und im Leistungsauftrag enthaltenen Grundsätzen zu richten (keine Quersubventionierung, marktgerichtete Verrechnung, Beachtung des Wettbewerbsrechts bei der Konkurrenzierung privater Anbieter). Die SMA wird ausdrücklich ermächtigt, mit schweizerischen, ausländischen und internationalen Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts zusammenzuarbeiten; der Bundesrat kann bestimmte Aufgaben nach Gesetz durch Vertrag ganz oder teilweise an Dritte übertragen (Art. 5/6). Am Arbeitsverhältnis wurde nichts geändert (grundsätzlich also wie bisher Beamte bzw. Angestellte), doch soll der öffentlichrechtliche Arbeitsvertrag bei Ämtern, die mit Leistungsauftrag geführt werden, nun vermehrt Anwendung finden⁵⁰ und mit dem neuen **Bundespersönalgesetz vom 24. März 2000**⁵¹ sogar für alle Bediensteten des Bundes zur Regel werden (Art. 8).

48 FLAG steht für Führung mit Leistungsauftrag.

49 Die Gründe dafür sind in der Botschaft dargelegt; vgl. BBl 1998 4161 ff.

50 Vgl. Verordnung über den öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrag in der allgemeinen Bundesverwaltung vom 9. Dezember 1996 (SR 172.221.104.6), Art. 2 lit. c. Mit öffentlichrechtlichen Arbeitsverträgen können Arbeitsverhältnisse begründet werden, wenn «die Stelle in einer mit Leistungsauftrag (Globalbudget) geführten Organisationseinheit besetzt wird».

51 Vgl. BBl 2000 2008 (Referendumsvorlage) und BBl 1999 1597 (Botschaft vom 14. Dezember 1998).

47 Vgl. auch COTTIER (Fn. 30), S. 220.

Ein interessantes «älteres» Beispiel (NPM *avant la lettre* sozusagen) bildet die **Swisscontrol**. Mit der Durchführung von Flugsicherungsdiensten war seit jeher nicht die Verwaltung, sondern eine Organisation des privaten Rechts (AG) betraut; bis 1987 war es die Radio-Schweiz AG (RSAG), ab 1988 die aus dem Teil Flugsicherung neu gegründete Swisscontrol. Es handelt sich um eine *gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft des privaten Rechts unter Aufsicht des Bundes*. Es stehen privatrechtliche Kontrollformen (Einwirkung über die Instrumente des Aktienrechts) und klassisch hoheitliche Formen der Aufsicht (Weisungen des BAZL als Aufsichtsamt) nebeneinander.⁵² Im Zusammenhang mit der Gründung von Swisscontrol war häufig von einer «Privatisierung» der Flugsicherung die Rede. Der Sache nach geht es um die Wahrnehmung einer polizeilichen Aufgabe des Bundes (Verkehrsregelung in der Luft) – mit Dienstleistungscharakter – in der «praktischeren» und «genehmeren» privatrechtlichen Form.⁵³ Die Gründung erfolgte ohne spezifische Grundlage im Gesetz; sie wurde 1994 durch Änderung des Luftfahrtgesetzes (LFG) nachträglich legalisiert. Rechtsgrundlage der Swisscontrol ist seit 1994 Art. 40 LFG (SR 748.0). Danach kann der Bundesrat «den zivilen Flugsicherungsdienst ganz oder teilweise einer nicht gewinnstrebigem, gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft übertragen, an welcher der Bund mehrheitlich beteiligt ist und deren Statuten der Genehmigung des Bundesrates bedürfen». Gründe für die privatrechtliche Lösung bildeten: das wohl unabdingbare Sonderstatut für das Personal (Art der Tätigkeit, wenige Spezialisten, weltweite Konkurrenz); die Möglichkeit der Bildung von Joint Ventures von Bund (Mehrheitsbeteiligung), Flughafenkantonen und Fluggesellschaften⁵⁴; die (nicht von allen als unproblematisch betrachtete) Weiterführung eines historisch gewachsenen Zustandes – selbständige Wahrnehmung einer Polizeiaufgabe – in zeitgemässer Form. Die Arbeitsverhältnisse basieren auf dem Privatrecht, die Leistungen werden gemäss Flugsicherungsverordnung gegen (öffentlichrechtliche) Gebühren erbracht.

Durch die Revision der Post- und Fernmeldegesetzgebung von 1997 sind die Bereiche Postdienste und Fernmeldewesen der bisherigen PTT-Betriebe getrennt worden und zwei selbständige Unternehmungen entstanden: die **Schweizerische Post** und die Swisscom. Der Post wurde der *Status einer selbständigen (d. h. rechtsfähigen) öffentlichrechtlichen Anstalt des Bundes* verliehen (Postorganisationsgesetz [POG] vom 20. März 1998, SR 783.1,

52 Zur Problematik der Mischung von Leitung und Aufsicht vgl. Bericht der GPK-N in BBl 1989 II 357 ff.

53 Vgl. BBl 1989 II 356. Die Swisscontrol erbringt Leistungen auf dem Gebiet der Flugsicherung in den ihr durch den Bund zugewiesenen Bereichen. Die Einzelheiten sind in zwei Verordnungen des BR bzw. des UVEK festgehalten (SR 748.132.1/11).

54 BBl 1989 II 362 bezeichnet dies als «Hauptgewinn» der neuen Lösung.

Art. 2). Das Motiv liegt auf der Hand: der «Service public» steht weiterhin im Zentrum, der Umfang der Grundversorgung und der Monopoltätigkeit, die sog. Reservierten Dienste, werden durch die Politik bestimmt (Postgesetz [PG] vom 30. April 1997, SR 783.0, Art. 1 ff.). Die sog. Nicht reservierten Dienste erbringt die Post in Konkurrenz zu privaten Anbietern (Art. 4 ff.). Das Benützungsverhältnis zwischen der Post und den Kunden ist nach dem Postgesetz in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu regeln; ergänzend und auf viele andere Fragen (Haftung, Streitigkeiten usw.) sind (neu) die Bestimmungen des Privatrechts anwendbar (Art. 11 und 17 PG). Die Erhebung von Konzessionsgebühren werden vom Bundesrat im Einzelnen geregelt. Eine eingehende spezialgesetzliche Normierung des Transportvertrages enthält das Transportgesetz [TG] vom 4. Oktober 1995 (SR 742.40). Es enthält eine einheitliche Regelung für alle Träger und Unternehmen des öffentlichen Verkehrs, mithin auch die Post. Der Transportvertrag gilt als privatrechtlicher Vertrag, und Streitigkeiten sind vor dem Zivilgericht auszutragen (Art. 50 TG); Motiv ist die Gleichstellung der Konkurrenten. Die Dienstverhältnisse des Personals der Post unterstehen der Gesetzgebung über das Bundespersonal (POG, Art. 15)⁵⁵, die Post kann aber in begründeten Fällen auch nach dem Obligationenrecht anstellen und verfügt damit über eine gewisse Flexibilität. Die **Swisscom** (bis zum Oktober 1997 als Telecom PTT Teil der Post) ist seit dem 1. Januar 1998 als *spezialgesetzliche (d. h. öffentlichrechtliche) Aktiengesellschaft* konstituiert, freilich in sehr enger Anlehnung an die Art. 620 ff. OR (BG über die Telekommunikationsunternehmung des Bundes [TUG] vom 30. April 1997, SR 784.11, Art. 2). Der Bund ist Aktionär der Unternehmung und muss die kapital- und stimmenmässige Mehrheit halten, so sieht es Art. 6 TUG (noch) vor. Spezialgesetzlich festgelegt sind eigentlich nur der Zweck, der durch die GV nicht geändert werden kann, die Organe sowie die *Steuerpflicht*; im Übrigen verweist das Gesetz häufig auf die Vorschriften des Aktienrechts und das Privatrecht (Rechnungslegung, Anstellungsverhältnisse, Rechtsbeziehungen zur Kundschaft, Streitigkeiten). Die neue Rechtsform bietet dem Unternehmen wesentlich grössere Flexibilität im Vergleich zu früher; sie ermöglicht die Beteiligung Dritter und den Beizug von privatem Risikokapital, macht also die Swisscom überhaupt erst kooperations- und kapitalmarktfähig. Das ist angesichts der weltweiten Öffnung der Märkte im Telekommunikationsbereich und angesichts des enormen Kapitalbedarfs wohl von existentieller Bedeutung. Was die Arbeitsverhältnisse anbetrifft, gilt bis zum Ablauf der Wahldauer (Ende 2000) noch das Bundespersonalrecht. Ab 1. Januar 2001 (Art. 16 i. V. m. Art. 29 Abs. 3 TUG) wird das Perso-

55 Der Geltungsbereich des neuen Bundespersonalgesetzes schliesst die Post ebenso ein wie die Schweizerischen Bundesbahnen (Art. 2 lit. c. und d. BPG); hier wie dort wird der Beamtenstatus abgeschafft und der unbefristete öffentlichrechtliche Vertrag zur Regel werden.

Heinrich Koller

nal der Unternehmung privatrechtlich angestellt, damit angesichts der Internationalisierung und Spezialisierung auch diesbezüglich Gleichstellung mit den Konkurrenten besteht.⁵⁶ Die Haftung richtet sich ebenfalls nach den Vorschriften des Privatrechts, das Verantwortlichkeitsgesetz findet keine Anwendung (Art. 18 TUG). Auch in dieser Hinsicht musste die Swisscom mit den neu (d. h. mit der Totalrevision des Fernmeldegesetzes [FMG] vom 30. April 1997, SR 784.11) auf dem Telekommunikationsmarkt zugelassenen Konkurrenten gleichgestellt werden.

Mit dem neuen BG über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG] vom 20. März 1998 (SR 742.31) wurden die **Schweizerischen Bundesbahnen** von einer unselbständigen öffentlichrechtlichen Anstalt des Bundes in eine *spezialgesetzliche Aktiengesellschaft* umgewandelt (Art. 2). Damit soll ihre unternehmerische Verantwortung und ihre Autonomie gestärkt werden. Im Rahmen der Vorgaben des Zweckartikels kann die SBB alle geeigneten und der Aufgabe dienlichen Rechtsgeschäfte tätigen. Sie ist nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen (Art. 3). Aktionär ist der Bund; er kann jedoch Aktien an Dritte veräussern oder von ihnen zeichnen lassen, doch muss auch hier der Bund (wie bei der Swisscom) zu jeder Zeit die kapital- und stimmenmässige Mehrheit besitzen (Art. 6). Detaillierter als bei der Swisscom geregelt sind die periodische Erarbeitung einer Leistungsvereinbarung, der vorzulegende Zahlungsrahmen, die berufliche Vorsorge (die SBB führen eine eigene Pensionskasse), Finanzierungsfragen, die Steuerbefreiung, die Übertragung von Vermögen an die SBB. Die unterschiedliche Ausgestaltung der Bundesbahnen als Aktiengesellschaft im Vergleich zur Post als Anstalt liegt in der Angleichung an die Organisationsformen anderer Unternehmen begründet (konzessionierte Transportunternehmen und ausländische Bahnen), mit denen man in Konkurrenz steht bzw. kooperiert. Zudem erleichtert die Form der Aktiengesellschaft mögliche Beteiligungen. Im Unterschied zur Swisscom aber gleich wie bei der Post finden die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals Anwendung, allerdings wiederum mit der Möglichkeit der Abweichung und der Anstellung nach OR in begründeten Fällen (Art. 15). Mit dem neuen Bundespersonalgesetz und dem öffentlichrechtlichen Arbeitsvertrag als Regel wird die erforderliche Flexibilität jedoch auch so gegeben sein. Das Benützungsverhältnis zwischen den Bundesbahnen und den Kunden wird (wie bisher) durch einen privatrechtlichen Transportvertrag geregelt. Sondervorschriften unterliegt die Haftung (Eisenbahnhaftpflichtgesetz bei Personenschäden, Transportgesetz bei Sachschäden).

56 In Bezug auf die berufliche Vorsorge allerdings sieht das Gesetz als Grundsatz die Versicherung bei der Pensionskasse des Bundes vor (Art. 17 TUG).

Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts

Noch einmal eine andere Organisationsform ist für die **Rüstungsunternehmen des Bundes** gewählt worden. Mit dem BG über die Rüstungsunternehmen des Bundes [BGRB] vom 10. Oktober 1997 (SR 934.21) ist die unselbständige öffentlichrechtliche Anstalt des Bundes mit ihren vier recht eigenständigen Geschäftsbereichen in eine *private Aktiengesellschaft (Holdinggesellschaft)* umgewandelt worden, die ihrerseits die Aktien an den ebenfalls als privatrechtliche Aktiengesellschaften konstituierten heutigen vier Betrieben hält (Schweizerische Elektronikunternehmung, Schweizerische Unternehmung für Flugzeuge und Systeme, Schweizerische Munitionsunternehmung, Schweizerische Unternehmung für Waffensysteme). Mutter- und Tochtergesellschaften stehen vorerst im alleinigen Besitz des Bundes. Zweck dieser Reorganisation, die seit dem 1. Mai 1998 gilt, ist nicht nur die Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit, sondern auch die Verbesserung der im Hinblick auf die Technologie- und Kapazitätssicherung bedeutsame Allianzfähigkeit (Beteiligungen, Gründung von Tochtergesellschaften, Joint Ventures). Zudem soll der spätere Einbezug privater Partner in die Rüstungsunternehmen (Teilprivatisierung) erleichtert werden. Im Weiteren soll den Rüstungsunternehmen der erforderliche unternehmerische Handlungsspielraum verschafft werden, um unter Beachtung ordnungspolitischer Schranken auch weitere statutarisch festgelegte Erwerbszwecke verfolgen zu können (Aufträge für Dritte). Ziel der Umwandlung ist die Überführung der Rüstungsbetriebe in wertschaffende, gewinnorientierte Unternehmen, die sich am Markt zu bewähren haben.⁵⁷ Anders als bei der Privatisierung der Telekommunikationsunternehmung des Bundes war hier von Anfang an eine sukzessive Öffnung gegenüber den an einer Kooperation interessierten Privaten vorgesehen. Über den Grad der Privatisierung sollen die Aktionäre entscheiden, in der Anfangsphase also der Bund, genauer das VBS, das gemäss Art. 3 Abs. 2 BGRB im Rahmen der vom Bundesrat festgelegten Eignerstrategie die Aktionärsrechte des Bundes an der Beteiligungsgesellschaft wahrnimmt. Natürliche Folge der privatrechtlichen Rechtsform sind die privatrechtlichen Anstellungsverhältnisse (Art. 6) und die privatrechtlichen Handlungsformen der neuen Rüstungsunternehmen.

Die Liste von Beispielen der Auslagerung und der Modernisierung von Verwaltungszweigen sowie der Privatisierung öffentlicher Aufgaben liesse sich ohne Mühe verlängern durch den Einbezug früher getroffener Lösungen (namentlich im Wirtschaftsverwaltungsrecht, das sich schon immer durch eine besondere Formenvielfalt auszeichnet) und durch den Einbezug der kantonalen und kommunalen Ebene (Kantonalbanken, Versorgungsbetriebe usw.). Das ist hier nicht nötig. Frühere Formen der Auslagerung und die neu-

57 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 16. April 1997, BB1 1997 III 769.

eren Beispiele von Umwandlungen auf kantonaler und kommunaler Ebene sind weniger auf die internationalen Entwicklungen als auf den finanziellen Zwang zur Steigerung der Effizienz im öffentlichen Sektor zurückzuführen. Doch welche Lehren und Schlüsse lassen sich aus den hier vorgestellten Lösungen ziehen? Wohl doch in erster Linie die Erkenntnis, dass sich Recht und Gesetzgebung als ausserordentlich anpassungsfähig erwiesen haben. *Die Beispiele legen Zeugnis ab von einem grossen Einfallsreichtum und einer erstaunlichen Formenvielfalt.* Sie zeigen sodann, dass der Gesetzgeber in legitimer Weise und ohne Gefährdung zentraler Grundwerte der Verfassungsordnung von der Privatrechtsform Gebrauch machen kann, wenn es die Verhältnisse (Wettbewerbssituation, Allianzfähigkeit, grenzüberschreitende Aktivität, Kapitalmarkt usw.) erfordern.⁵⁸ Überhaupt spielt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht im öffentlichen Wirtschaftsrecht nicht eine derart zentrale Rolle. Differenzierungen und Kombinationen sind durchaus möglich und unter Umständen sinnvoll, ja nötig, wie die Beispiele zeigen:

- öffentlichrechtliche Organisationsformen (Anstalt, Bundesamt) mit privatrechtlicher Handlungsform (IGE, SMA, Post, Kantonalbanken);
- privatrechtliche Organisationsform mit öffentlichrechtlicher Handlungsform (Gebührenerhebung durch SMA und Swisscontrol, Verfügungsbefugnis von privaten Krankenkassen);
- spezialgesetzliche (öffentlichrechtliche) Organisationsformen (AG) mit privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen (Swisscom, Swisscontrol, Kantonalbanken), zum Teil wiederum mit öffentlichrechtlicher Pensionskasse (Swisscom);
- alles privatrechtlich wie bei den Rüstungsbetrieben.

Staatliches Handeln kann also nicht über einen Leisten geschlagen werden. Im Übrigen zeigt ein Blick auf die Praxis der Gesetzgebung und die politische Diskussion, dass bei der Errichtung oder Reorganisation öffentlicher Unternehmen weniger Fragen der Rechtsform im Zentrum standen als vielmehr Fragen des Haushalts- und Finanzrechts, der Steuerpflichtigkeit, des Personalstatuts und der Pensionskassenregelung sowie insbesondere der Aufsicht durch die Behörden – Fragen, deren Beantwortung gewöhnlich durch die Wahl der Unternehmens(rechts)form nicht zwingend präjudiziert wird. Die

⁵⁸ In die Privatrechtsform gegossen wurden in Bezug auf die *Organisationsform*: Rüstungsbetriebe, Swissair, Swisscontrol, Kantonalbanken (Solothurn, Bern), gewisse Energie-, Wasserversorgungs- und Entsorgungswerke (in der Regel als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften); in Bezug auf die *Arbeitsverhältnisse*: Rüstungsbetriebe, Swisscom, Swisscontrol, Swissair, Kantonalbanken; in Bezug auf die *Kundenbeziehungen*: Rüstungsbetriebe, Post, Swisscom, SBB, Swisscontrol u. a. m.

Rechts- und Handlungsformen sind eben nicht Selbstzweck, sie haben eine dienende Funktion, und ebensowenig sind sie einseitig auf Effizienz ausgerichtet. Beim «Einfassen» des staatlichen Handelns in öffentlichrechtliche oder allenfalls privatrechtliche Handlungsformen geht es eben nicht nur um Wirksamkeit, Wettbewerbsfähigkeit, Wirtschaftlichkeit, sondern ebensowohl (wenn nicht mehr) um die Gewährleistung grundlegender öffentlicher bzw. grundrechtlicher (Schutz-)Interessen. Dies gilt es im Wirtschaftsrecht – auch wenn es um internationale Angleichung und Wettbewerbsfähigkeit unserer Wirtschaft geht – immer mitzubedenken. Ob sich die auf Bundesebene gewählten Mischformen bewähren werden, bleibt abzuwarten. Für eine Bilanz ist es wohl zu früh.

7. Anpassungsfähigkeit und Bewährung des Rechts (Fazit)

Betrachtet man die in den letzten zehn Jahren getätigten Reformen im Verhältnis Staat-Wirtschaft im Überblick, dann ist die zentrale Feststellung doch wohl die, dass diese einschneidenden Veränderungen überhaupt und in so kurzer Zeit haben stattfinden können. Das Ergebnis der Untersuchung jedenfalls straft die in der Öffentlichkeit verbreitete Vorstellung von der (sprichwörtlichen) Trägheit und Schwerfälligkeit des staatlichen Apparates Lügen. Wenn der Druck von aussen und von innen gross genug und der politische Wille vorhanden ist, dann vermag offenbar selbst ein so ausdifferenziertes demokratisches und föderalistisches System wie dasjenige der Schweizerischen Eidgenossenschaft zeitgerecht auf solche internationalen Herausforderungen zu reagieren und sach- und zweckmässige Lösungen anzubieten. Insofern darf wohl mit Fug behauptet werden, dass Recht und Gesetzgebung ihre Bewährungsprobe im Grossen und Ganzen bestanden haben.

Es ist sodann eine belegbare Tatsache, dass der Gesetzgeber – wenn es die Verhältnisse erforderten – unter Zurückstellung partikulärer Interessen Hand geboten hat zu Paketlösungen, welche die marktwirtschaftliche Öffnung und die internationale Ausrichtung unserer Wirtschaft «in Schüben» vorangetrieben haben (EWR und Eurolex bzw. Swisslex, Programm der marktwirtschaftlichen Erneuerung, GATT und Gattlex, bilaterale sektorielle Abkommen mit der EU, Liberalisierung der öffentlichen Märkte). Der Gesetzgeber hat dabei grosse Anpassungsfähigkeit und Mut zu neuen Lösungen bewiesen. Insbesondere scheint es, dass bei entsprechenden flankierenden öffentlichrechtlichen Massnahmen dem privatwirtschaftlichen Handeln ein beträchtliches Einsatzfeld eröffnet worden ist. Es wäre aber falsch anzunehmen, Flexibilitätsbedürfnisse liessen sich nur in der Privatrechtsform verwirklichen. Das öffentliche Recht ist weit flexibler als sein Ruf. Dies zeigt sich vor allem im Bereich der Organisationsformen (massgeschneiderte Lösungen für Swisscom, Post, Rüstungsbetriebe). Dem handlungswilligen Staat stehen m. a. W.

für sein Handeln im wirtschaftlichen Bereich seit jeher unzählige Formen und Unterformen zur Verfügung.

Und dennoch ist – insbesondere in Bezug auf die internationale Herausforderung – weiterer Reformbedarf gegeben. Das betrifft nun allerdings nicht die Gesetzgebung als solche und einzelne zweifellos dringend nötige Anpassungen in bestimmten Politikbereichen (Finanz- und Steuerordnung, Sozialwerke, Amts- und Rechtshilfe, Verfahren), sondern den institutionellen Bereich. Die bisherigen Ausführungen dürften klargemacht haben, dass die Globalisierung nicht einfach zu einer Deregulierung im Sinne des Abbaus von oder des Verzichts auf Regulierungen führt. Vielmehr werden die nationalen Bestimmungen laufend angepasst werden müssen, weil sie den internationalen Normen widersprechen oder neben diesen ihre Funktion verlieren. Für den Gesetzgeber bedeutet dies eine dreifache Arbeit: Er muss (1.) den internationalen Rechtsetzungsprozess beobachten, begleiten und mitgestalten; er muss sodann (2.) die nationale Gesetzgebung an die internationale Entwicklung anpassen; und er muss schliesslich (3.) landesintern die institutionellen Voraussetzungen schaffen für eine erfolgreiche und den Legitimationserfordernissen genügende Gestaltung der Teilnahme am rechtlichen Globalisierungsprozess (Verhältnis Regierung und Parlament, demokratische Partizipation).

Der vorliegende Überblick über die Auswirkungen der Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts auf die nationale Gesetzgebung wäre deshalb nicht vollständig (und wohl auch zu optimistisch), wenn nicht auch – mindestens andeutungsweise – auf die erkennbaren Konsequenzen im institutionellen Bereich hingewiesen würde.

IV. Auswirkungen auf die Institutionen

1. Ausgangspunkt

Der Wandel der Aufgaben und Probleme und die immer stärkere Einbindung von Staat und Gesellschaft in internationale Zusammenhänge sind nicht ohne Auswirkungen auf die staatliche Organisation und die politische Entscheidung.⁵⁹ Im Zentrum dieses politischen Entscheidungsprozesses stehen der alten rechtsstaatlichen Tradition folgend *Gesetz und Gesetzgebung*. Gesetz und Gesetzgebung formieren, tragen, bestimmen und begrenzen den Staat

⁵⁹ Vgl. dazu KOLLER, Erfahrungen (Fn. 13) S. 241 ff. sowie die sehr lesenswerten Beiträge von COTTIER und COTTIER/WÜRGER (Fn. 29).

und seine Tätigkeit (Legalitätsprinzip). An ihnen orientiert sich die traditionelle Gewaltenteilung. Auch unsere Bundesverfassung knüpft an diese Vorstellung an und bestimmt – in ihrem Kerngehalt – wer, unter welchen Umständen, an der Erzeugung von Gesetz und Recht teilhat (Parlament, Regierung, Volk, Stände). Mit der zunehmenden Internationalisierung ist dieses traditionelle Schema allerdings brüchig geworden. Die scheinbar klare Zuordnung der Funktionen (Initiierung, Vorbereitung, Festlegung, Sanktionierung) ist in Frage gestellt. In der Tat bewirkt die Verflechtung der nationalen Rechtsordnung mit dem internationalen Recht nicht nur Veränderungen bei den *Rechtsinhalten*. Mit ihr ist – wie mehrfach angetönt – auch eine Verlagerung der Inhaltsprägung auf die internationale Ebene verbunden. Dies verändert den Entscheidungs- und Rechtserzeugungsprozess und hat Verschiebungen im Machtgefüge zur Folge.⁶⁰

2. Fördernde und hemmende Faktoren der schweizerischen Rechtsordnung

Die legislatorische Bewältigung der Annäherung der Schweiz an die internationalen Gegebenheiten hat, was das Verfahren anbelangt, etwelche Schwierigkeiten bereitet und Probleme aufgedeckt. So hat sich etwa bei der Umsetzung des EWR-Rechts und der GATT-Abkommen gezeigt, dass eine Aufschürung international ausgehandelter Pakete auf der innerstaatlichen Ebene (parlamentarisches Verfahren) wenig Sinn macht, auch wenn der Souverän (mit fakultativem Referendum) einzeln über die Gesetzesänderungen befinden und im Prinzip mit der Ablehnung eines einzigen wichtigen Erlasses das ganze Paket zu Fall bringen könnte. Aus diesem Grund sind bei den bilateralen sektoriellen Abkommen mit der EU die sieben Abkommen als Gesamtpaket unterbreitet und die Gesetzesanpassungen in Gesetzespaketen zusammengefasst worden.⁶¹ Wie schon bei Eurolex und Gattlex zeigte sich bei den Bilateralen, dass das Verhältnis von Staatsvertrags- und Gesetzesreferendum nicht befriedigend geregelt ist. Das «doppelte» Referendum bedarf zweifellos der Überprüfung und Anpassung an die neuen Umstände. Es war denn auch Gegenstand der inzwischen in den Mühlen des parlamentarischen Verfahrens stecken gebliebenen Volksrechtsreform.⁶² An sich verfügt aber die schweizerische Rechtsordnung, was die Integration von Völkerrecht in das schweizerische Landesrecht anbelangt, über recht günstige *structures d'accueil* (WÄELBROECK), welche die verfahrensmässigen Probleme erheblich relativieren:

⁶⁰ KOLLER, Erfahrungen (Fn. 13), S. 242.

⁶¹ Abgestimmt wurde nur über die Abkommen, weil bloss das Staatsvertragsreferendum und nicht noch gegen einzelne Umsetzungsbeschlüsse das Gesetzesreferendum ergriffen wurde.

⁶² Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Verfassungsreform vom 20. November 1996, BBl 1997 I S. 1–692 (S. 470 ff.).

- Erstens wird die «Internationalisierung» unseres Rechts entscheidend erleichtert durch die grundsätzliche, durch die neue Bundesverfassung nun bestätigte Anerkennung des *Vorrangs des Völkerrechts* vor dem nationalen Recht (vgl. Art. 5 Abs. 4 BV)⁶³ sowie die grosszügige Anerkennung der *unmittelbaren Anwendbarkeit* hierfür geeigneter völkerrechtlicher Normen.
- Ein zweites erleichterndes Element ist die *monistische Tradition* der Schweiz. Die Normen des Völkerrechts werden mit ihrem Inkrafttreten unmittelbarer Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung; sie gelten automatisch und direkt auch im innerstaatlichen Bereich, ohne dass es (wie im dualistischen System) eines besonderen Transaktionsaktes bedürfte. Dennoch ist der Gesetzgeber nicht entbehrlich. Er hat immer in Aktion zu treten, wenn es darum geht, Gesetzgebungsaufträge umzusetzen oder wenn völkerrechtswidriges Landesrecht aufzuheben oder den neuen Gegebenheiten anzupassen ist.
- Ein weiteres erleichterndes Moment liegt schliesslich im Umstand, dass das internationale Wirtschaftsrecht (insbesondere der EU und der USA) vom schweizerischen Recht nicht grundverschieden ist. Die grundsätzliche *Wesens- und Werteverwandtschaft* erleichtert die Rezeption dieses an sich gar nicht so «fremden» Rechts.

Natürlich kennt unsere Rechtsordnung auch erschwerende Elemente. Sie sind vor allem in der Ausgestaltung der direkt-demokratischen Institutionen zu suchen (Staatsvertrags- und Gesetzesreferendum). Auch die Kantone drohen ins Hintertreffen zu geraten, wenn der Bund auf internationaler Ebene im Zuständigkeitsbereich der Kantone aktiv wird. Die neue Bundesverfassung sucht hier Abhilfe zu schaffen und sichert den Kantonen nun eine umfassende Mitwirkung an aussenpolitischen Entscheiden zu (Art. 55).⁶⁴ Noch schwieriger sieht die Lage für das Parlament aus. Beim traditionellen Staatsvertragsrecht kann es (und gegebenenfalls das Volk) wenigstens nachträglich noch die Genehmigung verweigern (Staatsvertragsgenehmigung [Art. 166 BV] bzw. Staatsvertragsreferendum [Art. 141 BV]). Im Rahmen supranationaler Gemeinschaften wie der EU ist die Zustimmung der nationalen Parlamente nur noch beim sog. primären Recht (bei der Änderung der Grund-Verträge) nötig; das abgeleitete, sog. sekundäre Recht hingegen (Verordnungen, Richtlinien) wird durch Organe verabschiedet, die sich aus Vertretern der Regierungen zusammensetzen. Es ist «exekutives» Recht; den nationalen Parlamenten verbleibt es, dieses exekutiv ausgehandelte und beschlossene Recht innerstaat-

⁶³ Vgl. dazu die Ausführungen in der Botschaft (Fn. 62), S. 134 f.

⁶⁴ Das BG über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik vom 22. Dezember 1999 führt diese Grundsatzbestimmung der BV näher aus. Es tritt am 1. Juni 2000 in Kraft.

lich umzusetzen! Die Suche nach neuen Formen der demokratischen Mitwirkung scheint also «hüben und drüben» dringlich.

3. Reformpostulate

Mit der Globalisierung und Internationalisierung unseres Rechts haben sich die Rahmenbedingungen für den politischen Prozess auf nationaler Ebene in vielerlei Hinsicht verändert. Damit ist nicht nur eine Verschiebung der Machtbefugnisse im Gesetzgebungsprozess verbunden (vom Volk auf das Parlament und vom Parlament an die Regierung); einschneidende Folgen zeigen sich auch im Bereich der Justiz und im Verhältnis Bund Kantone. Es bleibt hier kein Raum, diesen Fragen nachzugehen. Es muss deshalb bei einigen Hinweisen bleiben.

Das System der Volksrechte ist – nicht nur im Hinblick auf einen Beitritt der Schweiz zur EU – zu überprüfen und differenziert weiterzuentwickeln. So macht das Gesetzesreferendum offenkundig dort wenig Sinn, wo dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung internationalen Rechts kaum Handlungsspielraum verbleibt; problematisch ist es auch in seiner destruktiven Ausgestaltung, die das ganze Vorhaben scheitern lässt, auch dort, wo Landesrecht innert Frist angepasst werden sollte. Hier ist nach differenzierten Lösungen zu suchen, die von der Vorlage von Varianten in umstrittenen Punkten über die Einführung des abrogativen Referendums bis hin zur allgemeinen Volksinitiative reichen. Die Vorschläge des Bundesrates zur Volksrechtsreform im Rahmen der Verfassungsreform stellen hierfür eine taugliche Grundlage dar.⁶⁵

Anpassungen erfordert insbesondere auch das Gesetzgebungsverfahren. Die fortschreitende «Entparlamentarisierung der Gesetzgebung» ruft nach kompensatorischen Massnahmen. Das Parlament erhält mit der neuen Bundesverfassung ein stärkeres, ausdrücklich verankertes Beteiligungsrecht an der Gestaltung der Aussenpolitik (Art. 166 BV). Es ist durch Informations- und Konsultationsrechte früher in den Entscheidungsprozess einzubeziehen. Erste Ansätze dazu sind mit Art. 47^{bis} a GVG vorhanden. Zu denken ist zudem an die Delegation von Entscheidungs- bzw. Genehmigungskompetenzen an die parlamentarischen Kommissionen, dort etwa, wo es um die Absegnung von Mandaten oder um die blosser Umsetzung internationaler Abkommen geht.

Bedeutende Veränderungen sind auch im Bereich der Regierung erforderlich. Die dringend gebotene Verstärkung der Präsenz im Ausland zwingt zu einer Verteilung der Regierungsverantwortung auf mehr Köpfe und ruft nach

⁶⁵ Vgl. Botschaft (Fn. 62), S. 436 ff.

Heinrich Koller

einer Stärkung des Präsidiums. Aussenpolitik ist heute immer mehr auch Innenpolitik und umgekehrt. Daraus ergibt sich ein erhöhter Koordinationsbedarf und ein stärkerer Zwang zur Mitwirkung auf internationaler Ebene, wo heute in vielen Politikbereichen die Rahmenbedingungen gesetzt werden. Das hat auch Auswirkungen auf die Verwaltungsorganisation. Die internationalen Dienste sind auszubauen und die Rechtsvergleichung in allen Verwaltungszweigen zu verstärken. Zwar werden heute alle Gesetzesvorlagen auf ihre Europakonformität überprüft, an einer systematischen Analyse der Rechtsentwicklung im Ausland und in den internationalen Organisationen und supranationalen Gemeinschaften jedoch fehlt es. Die Schweiz ist deshalb kaum in der Lage, antizipierend eine eigene Rechtspolitik zu entwickeln.

Schliesslich wird die Internationalisierung des Rechts auch nicht ohne Auswirkungen auf den Föderalismus bleiben. Tendenziell ist jedoch eher mit einer Stärkung zu rechnen, wenn es gelingt, die Kantone an der Entscheidungsfindung im internationalen Rahmen zu beteiligen, wenigstens soweit es um ihre Zuständigkeiten und Interessen geht. An sich stellt die dezentrale Aufgabenerfüllung nach dem Grundsatz der Subsidiarität die beste Voraussetzung dar, um in der globalisierten Welt und im Wettbewerb um attraktive Standortbedingungen zu bestehen.

Wie dem auch sei: Bundesstaatlichkeit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind unverzichtbare Errungenschaften moderner Staatlichkeit. Sie müssen – und werden – auch in der globalisierten Welt Bestand haben.

V. Thesen

1. Mit dem Begriff der Globalisierung verbindet sich die Vorstellung von der weltweiten Verknüpfung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und politischer Vorgänge. Die Zunahme der grenzüberschreitenden Aktivitäten führt zu Abhängigkeiten und zu einer Abkehr von der einseitig auf die eigene nationale Gemeinschaft und ihr Recht fokussierenden Betrachtungsweise. (Ziff. I.1.)
2. Die Globalisierung und ihre Auswirkungen auf Staat und Gesellschaft werden sehr kontrovers beurteilt. Sie führt weder zu einer empfindlichen Schwächung des Nationalstaates noch zu einem kontinuierlichen Abbau von staatlichen Regulierungen; sie zwingt jedoch zu einer verstärkten Zusammenarbeit zwischen Staaten und führt zu einem erhöhten Wettbewerbs- und Anpassungsdruck. (Ziff. I.2.–I.3.)
3. Dem Recht kommt bei der Bewältigung dieses Phänomens eine zentrale Rolle zu. Es hat nicht nur eine dienende Funktion und darf nicht nur instrumental verstanden werden. Das Recht hat eigene autonome Werte zur

Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts

Geltung zu bringen (Gleichbehandlung, Rechtssicherheit, Freiheit) und auch im internationalen Konnex einen Beitrag zu leisten an eine gerechte Wirtschafts- und Sozialordnung. (Ziff. II.1.)

4. Die schweizerische Rechtsordnung ist von der Entwicklung des ausländischen und internationalen Rechts stets stark geprägt worden. Neu ist, dass sich die Schweiz heute mehr und mehr integrierten Wirtschaftsblöcken gegenüberstellt (EU, USA), die den Gang der Dinge auch in den internationalen Organisationen bestimmen (UNO, WTO, OECD, IMF). Unverkennbar ist sodann die Fülle und Vielfalt des im Nachvollzug zu übernehmenden Rechts sowie der Trend zur Europäisierung und Amerikanisierung unseres Wirtschaftsrechts. (Ziff. II.2.–II.4.)
5. Die schweizerische Wirtschaftsrechtsordnung ist in den vergangenen zehn Jahren in Schüben weiterentwickelt worden (Eurolex, Swisslex, Gattlex, Bilaterale). Anlass dazu gaben Entwicklungen im Ausland, einerseits die Entstehung eines gemeinsamen europäischen Wirtschaftsraumes (EWR), andererseits die zunehmende Liberalisierung der globalen Handels- und Wirtschaftsbeziehungen (GATS). Unverkennbar ist der Trend zu umfassenden multilateralen Lösungen und bereichsübergreifenden Gesamtpaketen sowie die augenfällige Verlagerung der Innovation auf die internationale Ebene. (Ziff. II.5.–II.6.)
6. Die Fülle und die Vielfalt der im vergangenen Jahrzehnt vorgenommenen Gesetzesänderungen legen Zeugnis ab von der Anpassungsfähigkeit unseres demokratischen Systems und von der Selbsterneuerungskraft unserer Wirtschaft. Innert weniger Jahre ist es der Schweiz unter dem Druck von aussen gelungen, die Märkte in erheblichem Ausmass zu liberalisieren, die öffentlichen Unternehmen weitgehend zu privatisieren und die Rechtsordnung mit den internationalen Standards zu harmonisieren. (Ziff. III.1.–III.2.)
7. Liberalisierung und Privatisierung führen nicht zwingend zu einer Deregulierung im Sinne eines Abbaus oder eines Verzichts auf staatliche Regelungen. Einschlägige empirische Forschungen belegen das Gegenteil. Ebensovienig darf in der Zunahme und Beschleunigung der Normenproduktion nur eine Bremse der wirtschaftlichen Entwicklung gesehen werden. Die Erneuerung des Rechts entspricht auch den Bedürfnissen der Wirtschaft, die auf einen angemessenen und zuverlässigen rechtlichen Rahmen angewiesen ist. (Ziff. III.3.–III.4.)
8. Ein Blick auf die jüngeren Beispiele der Privatisierung öffentlicher Unternehmen und der Verwaltungsmodernisierung zeigt, dass der Gesetzgeber in Bezug auf die Organisationsform, das Anstellungsverhältnis und die Handlungsformen im Aussenverhältnis sehr flexibel und mit einer bemerkenswerten Formenvielfalt reagiert hat. Dabei ist von der Privatrechtsform ohne Gefährdung verfassungsrechtlicher Grundwerte

Gebrauch gemacht worden, wenn es die Verhältnisse (Wettbewerb, Kapitalmarkt, Flexibilität) erforderten. Überhaupt spielt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht im Wirtschaftsrecht nicht eine derart zentrale Rolle. Differenzierungen und Kombinationen sind durchaus möglich und unter Umständen sinnvoll. (Ziff. III.5.–III.6.)

9. Der Wandel der Aufgaben und Probleme und die immer stärkere Einbindung von Staat und Gesellschaft in internationale Zusammenhänge sind nicht ohne Auswirkungen auf die staatliche Organisation und die politische Entscheidungsfindung. Damit ist nicht nur eine Verschiebung der Machtbefugnisse im Gesetzgebungsprozess verbunden (vom Parlament auf die Regierung), Folgen zeigen sich auch im Verhältnis Bund-Kantone. Das System der Volksrechte ist zu überprüfen und den Entwicklungen auf internationaler Ebene anzupassen; Anpassungen sind auch im Gesetzgebungsverfahren und im Regierungssystem nötig. (Ziff. IV.)
10. Wenn der Druck von aussen und von innen gross genug und der politische Wille vorhanden ist, dann vermag offenbar selbst ein so ausdifferenziertes demokratisches und föderalistisches System wie dasjenige der schweizerischen Eidgenossenschaft zeitgerecht auf internationale Veränderungen zu reagieren und sachgerechte Lösungen anzubieten. Insofern kann mit Fug behauptet werden, dass Recht und Gesetzgebung ihre Bewährungsprobe im Grossen und Ganzen bestanden haben. Unüberschbar ist jedoch, dass die nationale Gesetzgebung angesichts der internationalen Verflechtung an Autonomie eingebüsst hat. Soll das nationale Recht nicht noch mehr von seiner Steuerungskraft einbüssen, dann ist der Einfluss vermehrt dort geltend zu machen, wo die Rahmenbedingungen für das nationale Wirtschaftsrecht heute gesetzt werden, nämlich auf der internationalen Ebene.